

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2001 – Ano 38 – Nº 150



Di Cavalcanti, "Pescadores", 1973. Acervo do Senado Federal

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 150
abril/junho – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Rejane Ribeiro de Oliveira, Renata
Filgueira Costa

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Greyciane Souza Lins

REVISÃO DE PROVAS: Daniela Pereira Rodrigues e Maria de Jesus Pimentel

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Camila Luz Ferreira

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA: Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

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

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

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

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-
33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela
Subsecretaria de Edições Técnicas.

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 38 · nº 150 · abril/junho · 2001

- Ancelmo César Lins de Góis,
Mario Antonio Lobato de Paiva e
Miguel Angel Sardegna
- Roberto Sampaio Contreiras de
Almeida
- Valerio de Oliveira Mazzuoli
- Ricardo Emílio Veloso Mendes
Ommati
- Leonardo Arquimimo de Carvalho
- Pedro Braga
- Antônio Carlos de Almeida Diniz
- Hekelson Bitencourt Viana da
Costa
- Marcos Francisco Reimann e
Márcia de Melo Martins Kuyumjian
- Luiz Fernando Bandeira
- Jamile Bergamaschine Mata Diz e
Alexandre Romualdo Mendes
- Carmen Tiburcio e Luís Roberto
Barroso
- Jorge Fontoura e Luiz Eduardo
Gunther
- O novo Direito do Trabalho 5
- Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo 15
- O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988 27
- Efetivação do serviço público 55
- Jurisdição e competência internacional. A ação legiferante e a ação executiva do Estado em relação à órbita internacional: breves considerações à luz do Direito Internacional 67
- Kelsen, Bobbio e Bakhtin: um diálogo 85
- Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas 99
- Lavagem de dinheiro: Lei nº 9.613/98 121
- Direito humano e direito social: para onde vai o trabalho? 145
- Proibição de bombas de auto-serviço em postos de gasolina e de catracas eletrônicas em ônibus: limites e possibilidades da ingerência estatal na empresa privada 157
- A caracterização jurídica do ato cooperativo 167
- Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro 173
- A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT 195

Leon Frejda Szklarowsky	Distrito Federal: Município ou Estado e a Lei de Responsabilidade Fiscal 205
Bernardo Leôncio Moura Coelho	As alterações no contrato de aprendizagem: considerações sobre a Lei nº 10.097/2000 211
Gilberto Bercovici	“Separação de poderes” no Estado federal norte-americano 225
Amélia Regina Mussi Gabriel	A disputa Embraer e <i>Bombardier</i> na Organização Mundial do Comércio 231
Pablo Rodrigo Alflen da Silva	A função de garantia da lei penal: considerações acerca do princípio da legalidade 259
Gustavo Just da Costa e Silva	Permanência e transformação no direito constitucional brasileiro: algumas bases do problema 271

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Fernando Trindade	Aspectos da Reforma do Judiciário (PEC nº 29, de 2000, no Senado) 291
-------------------	---

O novo Direito do Trabalho

Ancelmo César Lins de Góis
Mario Antonio Lobato de Paiva
Miguel Angel Sardegna

Sumário

1. Introdução. 2. A realidade atual. 3. A flexibilização das normas trabalhistas. 4. Papel do Estado. 5. Direito do Trabalho da classe dominante. 6. O direito da vida. 7. Direito do Trabalho Mínimo. 8. Propostas para combater o desemprego. 9. Conclusão.

1. Introdução

O Direito precisa ser encontrado no meio social, de maneira a garantir a menor distância possível entre a norma jurídica e a realidade. O Direito, aliás, forma-se antes de ser posto em norma jurídica. O que se espera do legislador, portanto, é que procure produzir leis que acompanhem as necessidades da sociedade e que se adaptem às suas exigências.

O Direito Laboral possui, a princípio, como sustentáculo, o amparo aos trabalhadores e a consecução de uma igualdade substancial e prática para os sujeitos envolvidos. Trata-se de uma ramificação do Direito essencialmente relacionada às convenções coletivas de trabalho marcadamente aderentes à realidade, do que resulta também um especial dinamismo. O Direito do Trabalho está intensamente exposto à instabilidade das flutuações da política. Nascido numa época de prosperidade econômica, caracterizada por certa estabilidade das relações jurídicas, concebeu-se a intervenção do Estado como um meio de elaborar uma

Ancelmo César Lins de Góis é diplomata de carreira e Professor de Ciências Políticas na Faculdade de Direito do UniCEUB em Brasília.

Mario Antonio Lobato de Paiva é advogado e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará.

Miguel Angel Sardegna é professor titular de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Faculdade de Direito de Buenos Aires.

legislação detalhada das condições de trabalho, com vistas a forçar os atores sociais a buscarem a solução dos seus conflitos. O resultado dessa intervenção é a característica básica da regulamentação das relações de trabalho; a heteroregulação, que provoca a rigidez da legislação.

No entanto, as persistentes crises contemporâneas têm tido um abalo particularmente destrutivo sobre o emprego (gerando o desemprego em massa), pondo em causa o modelo tradicional do Direito do Trabalho, tal como foi sendo construído na sua época áurea, em particular nos anos sessenta. Esse modelo de Direito do Trabalho, assegurando um acréscimo de tutela dos trabalhadores, tem sido acusado de constituir fator de rigidez do mercado de emprego e da alta de custo de trabalho, e, nessa medida, de contribuir para o decréscimo dos níveis de emprego e conseqüente estímulo ao desemprego.

2. A realidade atual

A realidade atual não é mais a mesma dos anos 60. O Brasil, não sendo a exceção perante a organização mundial, sofreu verdadeiras alterações no mercado de trabalho pós-guerra e no nível de desemprego e desestabilização da economia, propiciando o surgimento do chamado “mercado informal” de trabalho, que, em regra, é constituído pela força de trabalho dita excedente, em função da pequena oferta de empregos.

Dados estatísticos apontam um índice altíssimo da população economicamente ativa que integra esse setor produtivo. Há que se levar em consideração a crise econômica dos anos 80, provocada pelo choque dos preços do petróleo, que atingiu uma gama de países na Europa e, assim como no Brasil, provocou o surgimento de novas formas de contratação geradoras de relações de trabalho atípicas. Assim, o contrato por tempo determinado deixou de ser exceção, admitindo-se vários contratos intermitentes, de temporadas, contratos de formação,

contratos de estágio, e antecipou aposentadorias.

É em virtude dessa realidade atuante do desemprego, em contraposição à rigidez da legislação, que se semeou na Europa um movimento de idéias em torno dos institutos da flexibilização e desregulamentação, que no dia-a-dia angaria novos pensadores, especialistas e principalmente os operadores do Direito do Trabalho.

3. A flexibilização das normas trabalhistas

A necessidade de proteção ao trabalhador com vistas a se alcançar “justiça social” vem sendo defendida ao longo da história: desde Robert Owen, autor de *New view of society* (1812), que implantou reformas sociais em sua própria fábrica; passando pela *Primeira Internacional Socialista* (1864), em que atuaram Marx e Engels; pela *Encíclica Rerum Novarum* (1891) do Papa Leão XIII; até a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), constituída em 1919 pelo Tratado de Versalhes – vinte e sete anos antes de se vincular à própria ONU.

Sucedendo que o passar dos anos acabou testemunhando a crescente e excessiva rigidez das normas de proteção ao trabalhador de tal maneira que se chegou à necessidade de se flexibilizarem alguns direitos como mecanismo para tornar possível um controle relativo sobre um dos problemas sociais mais graves do fim do século passado, o desemprego.

A idéia, doutrina ou princípio da flexibilização surgiu na Europa dos anos 60. Na Itália, a flexibilização das normas trabalhistas evoluiu muito na segunda metade da década de 70, devido à excessiva rigidez da legislação italiana sobre salários. Àquela época, foram negociados diversos acordos tripartites (entre Estado, sindicatos e empregadores), com o objetivo de diminuir o desemprego:

“La négociation de ces accords fixe le développement de la flexibilité dans

les limites d'un nouvel espace de *concertation sociale programmatique*. Les politiques d 'emploi définies... eurent un double objectif: la création de nouvelles normes de régulation du marché du travail et la lutte contre le chômage et l'inflation" (MARUANI, 1989, p. 25).

Alguns estudiosos aduzem que, apesar da maior flexibilização aplicada nos países europeus, as taxas de desemprego aumentaram naquele continente e colocam em dúvida se uma maior flexibilidade implicaria maior produtividade (Cf. Bruno apud MARUANI, 1989, p. 39).

Por outro lado, observa-se que a Inglaterra e a Holanda, que flexibilizaram sua regulamentação laboral, têm taxas de desemprego bem menores do que a Alemanha, apesar de todos esses três países apresentarem grau similar de globalização e desenvolvimento tecnológico.

A flexibilização pode-se referir ao mercado de trabalho, ao salário, à jornada de trabalho ou às contribuições sociais. Trata-se de uma adaptabilidade das normas trabalhistas em face das mudanças ou das dificuldades econômicas, sob a alegação de que a rigidez traria aumento do desemprego.

No caso do Brasil, de acordo com a Constituição de 88, pode haver redução de direitos trabalhistas em três casos, quais sejam: redução do salário (art. 7º, VI); redução da jornada de oito horas diárias (art. 7º, XIII) ou da jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV). Constitucionalmente, pois, apenas esses três direitos podem ser flexibilizados, cabendo às partes determinar as normas que passarão a reger suas relações, de acordo com seus interesses, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho – entendida aqui como misto de contrato e lei. Assim, admite-se a redução salarial, ou a diminuição da jornada de trabalho, muitas vezes em troca de garantias que, por força das circunstâncias aferidas, são mais vantajosas para determinada

categoria de trabalhadores. São inúmeras as decisões do egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST) nesse sentido¹.

A flexibilização possibilita que o contrato de trabalho seja disciplinado de forma diversa. Mais ainda, possibilita até a derrogação de normas de ordem pública. A princípio, pode parecer que feriria o princípio tutelar do Direito do Trabalho, deixando de assegurar direitos já conquistados pelos trabalhadores. Contudo, a flexibilização vem, na verdade, reforçar aquele princípio, uma vez que pode significar a continuidade do próprio emprego².

No que tange à possibilidade de diminuição da jornada de trabalho, verifica-se, de início, que, consoante reza o art. 7º, XIII da Constituição Federal, a duração do trabalho no Brasil não pode ser superior a 8 horas diárias e 44 semanais, mas é permitida a redução por acordo ou convenção coletiva de trabalho. A redução da jornada sem diminuição dos encargos é, em princípio, benéfica para o trabalhador. Entretanto, pode ser inconveniente para o empregador se acarretar diminuição do nível de competitividade de sua empresa. Daí a necessidade de acordo entre as partes. A redução ou flexibilização da jornada pode ser encontrada sob variadas formas. Podem-se citar, entre outros exemplos, o horário flexível, o banco de horas (sistema de compensação de horas-extras) e o sistema norte-americano do *lay-off*, ocasião em que o empregado descansa em períodos de queda na produção, podendo o empregador pagar parte do salário e menos encargos sociais durante o período.

Também pode haver redução do intervalo de trabalho, sempre escorada em convenção coletiva. Em recente decisão do colendo Tribunal Superior do Trabalho, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos entendeu que, se o interesse das partes na redução do intervalo da jornada de trabalho está explicitado em convenção coletiva, torna-se inexigível a autorização mediante inspeção prévia da autoridade do trabalho.

Na ementa daquela decisão, ressalta-se que, “dentro de uma flexibilização imposta também pela ausência de condições do Ministério do Trabalho de efetuar tais verificações, convém que se defira às partes o direito quando o poder público não pode dar cumprimento à incumbência que a Lei lhe defere”³.

Quanto à redução salarial, embora, em princípio, pareça ser prejudicial para o trabalhador, deve-se observar que a mesma negociação que porventura preveja a redução salarial pode admitir, em compensação, a incorporação ou o aumento de outros direitos que, no final, pode trazer mais vantagens ao hipossuficiente. O que se verifica sempre é a importância da negociação. Recentemente, em uma indústria de autopeças de São Paulo, foi negociado um acordo entre sindicatos e empresários que prevê a redução salarial em troca da garantia de emprego⁴.

Conforme explicitado em recente decisão do TST,

“os princípios da flexibilização e da autonomia privada consagrados pela Constituição da República conferem aos Sindicatos maior liberdade para negociar com as entidades patronais, valorizando, assim, a atuação dos segmentos econômicos e profissionais na elaboração das normas que regerão as respectivas relações, cuja dinâmica torna impossível ao Poder Legislativo editar Leis que atendam à multiplicidade das situações delas decorrentes. Desta forma, não podemos desestimular essas negociações, avaliando as cláusulas de um Acordo de forma individual, com um enfoque setorial, sem considerar a totalidade do instrumento normativo, porquanto as condições mais restritivas para os trabalhadores foram por eles acordadas em prol de outros dispositivos, que instituem vantagens ou benefícios além dos patamares legalmente fixados”⁵.

Com efeito, uma maior liberdade de negociação trará como consequência o fortalecimento dos sindicatos, ainda que a longo prazo.

Há, contudo, ferrenhos opositores à idéia de flexibilização. Para eles, o que se pretende é o enfraquecimento dos direitos trabalhistas duramente conquistados. De acordo com Amílton Bueno de Carvalho, arauto do *direito alternativo*, embora exista semelhança entre o princípio da flexibilização e o *direito alternativo* (os adeptos de um e de outro repudiam uma visão meramente legalista do Direito), a diferença é fundamental: enquanto o *direito alternativo* propugna pela ampliação dos direitos trabalhistas, a flexibilização admite a possibilidade de restrição em decorrência de dificuldades econômicas (1993, p. 97-102). Para Bueno de Carvalho, “flexibilizar” (p.101) representa, na ótica alternativa, um retrocesso, posto que busca restringir direitos já conquistados pela classe trabalhadora”. Insiste em que a doutrina da flexibilização apenas dá suporte técnico à “flexibilização” que sempre existiu, pois mesmo os direitos legalmente conquistados têm sido postergados ou sonegados, a exemplo do salário mínimo.

Não é bem assim. Embora pertinente e justificável sua preocupação com a possibilidade de restrição de direitos conquistados, cabe lembrar que, constitucionalmente, só podem ser flexibilizados dois direitos: jornada de trabalho e salário. No que se refere à possibilidade de redução do horário de trabalho, pode ser medida eficaz para frear o ritmo de demissões, sendo, portanto, benéfica ao hipossuficiente. Quanto ao salário, embora a flexibilização autorize o sindicato a acordar sua redução, não haverá prejuízo ao trabalhador se, em negociação coletiva, for estabelecida compensação por meio de garantias quaisquer que, em determinada circunstância, sejam ainda mais vantajosas para a totalidade da categoria. Para ambos os casos apresentados, sempre se deve atentar para que aquilo que for acordado no instrumento coletivo, na sua

integralidade, não deve causar prejuízo aos empregados⁶. Nessas circunstâncias, não há por que considerar que a flexibilização reduz, simplesmente, direitos conquistados.

A questão não é tão simplória. Obviamente, pode haver redução efetiva de direito específico, mas o que se deve perquirir é se, considerando a integralidade dos direitos e garantias, houve ou não redução. Assim, dependendo das circunstâncias do caso concreto, o afastamento de algum direito para, em última instância, beneficiar o trabalhador e o empregador pode ser conveniente para ambas as partes. Em outras palavras, pode ser justificável e legítima a redução de um direito trabalhista, acordada em convenção coletiva se for para evitar um mal maior: o desemprego.

4. Papel do Estado

Também é ouvido freqüentemente falar-se, e não totalmente sem razão, do abuso do paternalismo do Estado, da propriedade da opção tecnológica à empresa, da reorganização do tempo de trabalho, de modos de contrato que permitam às empresas adaptarem-se à demanda, de potencializar as medidas de mobilidade interna, com o propósito de aumentar a competitividade, etc...⁷

Normalmente é afirmado que essa é a única forma de evitar o emprego ilegal ou precário e as distorções do contrato de trabalho⁸.

O Estado não pode estar alheio às necessidades da economia, às exigências do desenvolvimento, à luta pela prevalência do valor do emprego, a consideração para a atenção da indústria nacional e essencialmente e em particular, com respeito a algumas de suas áreas adiadas a uma autêntica possibilidade de reconversão industrial e a preocupação pela consideração das empresas pequenas e médias⁹.

Nenhuma sociedade integral resiste à coexistência dos homens e grupos sem um poder que imponha a ordem e encaixe as atividades dentro de um conjunto de valores de paz, justiça, solidariedade e liberdade.

A atividade econômica não pode escapar a essa ordem. Se o Estado não impõe uma ordem com liberdade e com justiça na área da economia, o mercado e a livre competição reinam absolutos (CAMPOS, 1993).

E hoje não há direitos absolutos; a não ser no domínio econômico. Nesse âmbito, o Estado não pode permanecer na retaguarda anacrônica do *laissez-faire, laissez passer*.

O acesso ao direito não pode apenas ser liberado ao jogo injusto do mercado e da livre competição porque a pessoa humana não é uma coisa, nem o trabalho apenas uma mera mercadoria¹⁰.

5. Direito do Trabalho da classe dominante

Utilizando dos ensinamentos do Desembargador José Liberato da Costa Póvoa, podemos dizer que a lei não foi feita para beneficiar o “povão” ou o trabalhador e guardar um equilíbrio social, pois, inobstante seja ela aprovada por representante do povo, é, na verdade, criada por uma elite que não está preocupada com seus representados, mas apenas com a manutenção dos privilégios da própria elite, pouco lhe importando a quantas anda o povo; ainda assim, as leis são fruto da vontade dos detentores do poder, criadas em função de seus próprios interesses. Desde Salomão, passando por Dracon e outros, o fardo da lei sempre foi mais pesado para os pobres e para os escravos. Marx já dizia que “O Direito é a vontade, feita lei, da classe dominante, através de seus próprios postulados ideológicos”. Lá na antiguidade, Trasímaco dizia que “a Justiça, base do Estado e das ações do cidadão, consiste simplesmente no interesse do mais forte”.

Sempre foi assim, e continua(rá) sendo, qualquer que seja o regime, até mesmo aqueles em que os operários chegaram ao poder, pois, uma vez alojados comodamente no topo da pirâmide, tratam logo de criar leis, não para a defesa das idéias que os levaram ao mundo, mas apenas para se manterem e,

se possível, perpetuarem-se no poder. Citando Hobbes, “não é a sabedoria que faz a lei, mas a autoridade”, e se porventura são os sábios que a elaboram, é certo que estão a serviço dos que dominam.

É em parte assim também com o Direito do Trabalho, como pudemos constatar na leitura do livro *Convenção Colectiva entre as fontes de Direito do Trabalho* do jurista lusitano José Barros Moura, onde demonstra que esse direito é útil à burguesia, que, obviamente, nunca desejou um direito de proteção dos trabalhadores. Sua estratégia é de fazer concessões políticas com vistas a reduzir as tensões sociais retirando força à luta de classes. As coisas são bem mais complexas, pois esse direito favorece a concentração capitalista agindo sobre as condições da concorrência com o que beneficiam setores mais fortes e aptos da classe dominante em detrimento de outros setores.

Assim, para aqueles que acham que o Direito de Trabalho foi criado única e exclusivamente para os trabalhadores fica a pergunta: será que esse mesmo direito não serviu para um maior controle, opressão e aumento das desigualdades econômico-sociais?

Acreditamos que o pleno implemento dos institutos da flexibilização, desregulamentação e por fim o Direito do Trabalho mínimo reacenderão debates e modificações mais profundas nos pilares da estrutura social e que, com certeza, ajudarão a diminuir o abismo em que se encontra a burguesia e o proletariado, em grande parte devido ao próprio Direito do Trabalho que deveria proteger o trabalhador.

6. O direito da vida

O Direito do Trabalho constitui um reconhecido, “importante espaço experimental para novas construções jurídicas”, mas igualmente um espaço especialmente permeável às mutações do “mundo da vida”.

Por isso, o Direito do Trabalho vive um momento de transição, num caminho de múltiplas incertezas, tantas quantas as que

resultam das transformações tecnológicas, sociais, econômicas, políticas e históricas que confluem para transformar o início do século num período de dúvidas sistemáticas.

A tradicional visão do Direito do Trabalho como ramo jurídico (tendencial ou permanentemente) em crise, feito de avanços e retrocessos (e próprio de um Direito especialmente sujeito às modificações sociais), com uma inexistente fratura do *continuum* do sistema juslaboral, encontra hoje um eco na reconhecida ineficácia desse mesmo sistema, incapaz de atingir os seus objetivos em resultado da crescente desarticulação entre o corpo normativo vigente e a fenomenologia laboral objeto de regulamentação.

Mesmo diante de tal estado de coisas, o Direito do Trabalho ainda é uma das ramificações do ordenamento jurídico em que mais se travam decisivas batalhas pela manutenção e progressão da qualidade de vida dos cidadãos e, em especial, das suas relações com o Estado. E não será possível, na falta de um Direito do Trabalho moderno, sistemático e suficientemente “doutrinado”, erradicar os seus grandes males: a errônea demarcação entre garantias dos trabalhadores e flexibilização da empresa, a crescente promiscuidade entre a legislação laboral e políticas de emprego, a aparente parcialidade do Direito do Trabalho, a real inefetividade do Direito do Trabalho, os problemas relativos ao *modus faciendi* na elaboração da legislação laboral, à insuficiência dessa legislação, à ineficácia da fiscalização, à “realizabilidade” das soluções positivadas, etc.

7. Direito do Trabalho Mínimo

Nenhum ordenamento jurídico consegue acompanhar os avanços sociais, vez que a lei, por sua natureza, é rígida no tempo. Qualquer proposta de melhoria no Direito do Trabalho, quanto mais a fomentação de endurecimento e multiplicação das leis e sua execução, não passará de exploração do desespero inconsciente da sociedade e forma

de ocultar os verdadeiros problemas a serem enfrentados.

Pesquisas revelam que o Direito do Trabalho somente intervém num reduzidíssimo número de casos, sendo impossível determinar-se estatisticamente o número de trabalhadores que deixam de ingressar no sistema por diversos motivos. Argüi-se que, se tiver em conta os números de trabalhadores que labutam à margem dos direitos assegurados na legislação trabalhista, ou seja a soma dos chamados informais que passam ao largo do conhecimento ou da atuação da justiça laboral – quer porque desconhecida, quer porque não identificados os trabalhadores, quer porque alcançados pela prescrição, quer porque objeto de composição extrajudicial, quer porque não provados, etc.–, verificar-se-á que o trabalho registrado de carteira assinada é, no mínimo, insatisfatório.

Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão insatisfatória estatisticamente? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apóia (a igualdade dos cidadãos, o direito à justiça, princípio protetor, etc.) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele pequeno número de casos que são os trabalhadores de carteira assinada ou os que venham reclamar perante a Justiça do Trabalho com sucesso. O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas.

O Direito do Trabalho, portanto, deveria ter um papel secundário no controle dos conflitos sociais. Destarte, o Direito do Trabalho que se vislumbra no horizonte é o da intervenção mínima, em que o Estado deve reduzir o quanto possível sua ação na solução dos conflitos. Nesse contexto, propõe-se, em suma, a flexibilização, desregulamentação e a desinstitucionalização dos conflitos trabalhistas, restando ao Estado aquilo que seja efetivamente importante em nível de controle.

Frente a essa realidade, o ideal dessa nova tendência é buscar a minimização da

utilização do Direito do Trabalho imposto pelo Estado, por meio de quatro proposições básicas: a) impedir novas regulamentações na área trabalhista – significa evitar a criação de novos direitos, pelo Estado, mormente para regular conflitos de abrangência social não tão acentuada, em que possa haver solução do conflito noutra esfera; b) promover a desregulamentação – na mesma esteira do tópico anterior, visa reduzir a quantidade de direitos, abolindo da legislação trabalhista direitos em que as partes envolvidas possam resolver per si, sem que isso ofenda o real interesse da coletividade; c) flexibilização – cujo fundamento cinge, segundo Arturo Hoyos, pelo uso dos instrumentos jurídicos que permitam o ajustamento da produção, emprego e condições de trabalho à celeridade e permanência das flutuações econômicas, às inovações tecnológicas e outros elementos que requerem rápida adequação; d) desinstitucionalização – desvincular do âmbito do Direito do Trabalho, e até mesmo da esfera estatal, a solução de pequenos conflitos, quando atingir somente a esfera dos envolvidos aos quais seriam reservadas outras formas de satisfação de seus interesses.

8. Propostas para combater o desemprego

O debate acerca do desemprego envolve posições muito divergentes: liberais, social-democratas, revolucionárias etc. Apresentar propostas consensuais para um problema complexo constitui tarefa árdua. Considerações ideológicas à parte, serão listadas a seguir apenas algumas primeiras indicações do que parecem ser pontos de convergência:

a. *Revisão da legislação.* Facilmente se constata a necessidade de reformulação da CLT, extremamente paternalista, criada em uma época de economia fechada (1943). A CLT se encontra obsoleta em certos tópicos, além de confusa, imprecisa e assistemática. Mais além, conviria ao Poder Legislativo

verificar a possibilidade e discutir, com muita cautela, a conveniência de se admitir expressa disposição constitucional que consagre a flexibilização absoluta (de todos os direitos sociais) como mecanismo capaz de modernizar as relações trabalhistas – sempre com o cuidado de se garantir a proteção do trabalhador. Assim, por exemplo, poder-se-ia implementar o horário flexível de trabalho ou a redução da jornada de modo universal e gradual, com redução concomitante de impostos e encargos, mas sem redução de salários, de conformidade com o lema dos sindicatos franceses de “trabalhar menos para que trabalhem todos”. Conviria, entretanto, que eventual redução da jornada não viesse acompanhada de previsão de horas-extras, pois poderia, nesse caso, ser ainda mais oneroso para o empregador, podendo promover desemprego. A questão não é simples.

b. *Criação de mecanismos para estimular a negociação coletiva.* No Brasil, a tutela do trabalhador é fundamentalmente regida pela legislação. Em outros países, como, *e.g.*, os EUA, predomina a vertente negocial, em que a proteção do hipossuficiente é estabelecida por acordos conduzidos pelos sindicatos. No caso brasileiro, poderia ser conveniente ampliar os mecanismos de negociação coletiva, a exemplo do que sucede nos EUA, onde existe um eficiente sistema de queixas e arbitragem dentro da própria empresa, o qual deve ser esgotado antes de se recorrer à Justiça do Trabalho. A propósito, os princípios da flexibilização e da autonomia privada consagrados pela Lei Maior já “conferem aos sindicatos maior liberdade para negociar, valorizando a atuação dos segmentos econômicos e profissionais na elaboração das normas que regerão as respectivas relações...”¹¹. O resultado natural de uma maior liberdade negocial será o fortalecimento dos próprios sindicatos.

c. *Qualificação da mão-de-obra.* A educação profissional se tornou prioridade absoluta diante da crescente competitividade, donde a necessidade de aumento de recur-

sos para reciclagem de mão-de-obra, para tornar o trabalhador capaz de lidar com novas tecnologias. Não parece caber ao Estado a função de agenciador de empregos. Cabe, isso sim, criar mecanismos, por meio de políticas públicas, para permitir um melhor aproveitamento da mão-de-obra desqualificada e/ou ociosa.

d. *Revisão dos programas governamentais existentes.* Não parece conveniente a criação pura e simples de outros programas – o que implicaria maiores gastos do Governo Federal. Conviria apenas reavaliar os já existentes: o Programa de geração de emprego e renda (PROGER), de eficácia limitada; o Programa Nacional de Qualificação do Trabalhador (PLANFOR); o Programa de Expansão do Emprego e Melhoria da Qualidade de Vida do Trabalhador (PROEMPREGO); além do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC).

e. *Criação de empregos no setor de serviços.* Pode-se entender, em grau otimista, que, no Brasil, ainda há muitos setores que necessitam de mão-de-obra, notadamente o setor de serviços (turismo, *e.g.*, é uma área muito citada pelos analistas econômicos como a que mais deve crescer nos próximos anos). Assim, a médio prazo, novas oportunidades de trabalho podem ser criadas em outros setores, que não no industrial. Lembre-se que o setor industrial já não é mais o grande criador de empregos.

f. *Redefinição da parceria entre Estado e indústria.* Consoante reza o art. 174 da Constituição Federal de 88, “agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Assim, a princípio, caberia ao Poder público reger a economia nacional. Como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “ao contrário da Constituição anterior, cuja inspiração era neoliberal, embora na prática não o tenha sido, a Constituição vigente é nitidamente

estatista no plano econômico” (FERREIRA FILHO, 1992, p. 306). De qualquer sorte, sabe-se que é antigo o debate entre defensores do liberalismo econômico e do intervencionismo estatal. A interferência mínima do Estado na economia pode garantir maior prosperidade econômica, mas não se deve esquecer que, historicamente, a intervenção estatal – sob a forma de regras protecionistas – pôde estimular o desenvolvimento do mercado interno. Além disso, se o livre mercado pode melhorar a produção, por meio da livre concorrência, apenas a presença do Estado pode assegurar uma melhor distribuição de renda. Assim, não parece ser impertinente afirmar que a conveniência ou não da intervenção do Estado na economia depende das conjunturas do país e do mundo. A parceria entre o Estado e a indústria no Brasil foi efetivada nos anos 50, começou a se desfazer nos anos 70 – com o esgotamento do modelo de industrialização por substituição de importações –, aumentou na década de 80 e foi praticamente desfeita na de 90. Precisaria ela ser reconstruída com a participação conjunta e equilibrada dos trabalhadores, partidos políticos, Governo Federal e empresários do setor.

g. *Crescimento econômico*. A principal razão do desemprego, no âmbito nacional, está na desaceleração do nível de atividade da economia, provocada pela desestabilização das contas externas, que, por sua vez, é resultado das altas taxas de juros. Considerando que se trata de fenômeno de caráter nitidamente estrutural, parece claro que respostas eficientes e definitivas ao problema do desemprego pressupõem, de início, estabilidade da economia nacional, controle do déficit público, reforma tributária, aumento da produtividade interna e da competitividade. Na verdade, só o crescimento econômico – decorrente de investimentos – gera empregos. Recorde-se que, durante o período de 1968-72 (“milagre econômico”), quando a taxa de crescimento econômico chegou a 10% a.a., a taxa de investimentos era de 25% do PIB; hoje, está em cerca de 17% do

PIB. Daí a necessidade de bem engendradas políticas para aumentar a taxa de investimentos, culminando no desenvolvimento econômico. A solução, pois, não será encontrada a curto prazo. O assunto precisa ser debatido em profundidade e não pode ser encarado, no caso do Brasil, como mera oportunidade pré-eleitoral.

9. Conclusão

Este final de século XX apresenta sérios desafios para a humanidade. As questões, mais do que nunca, apresentam-se em nível global, e a solução dos graves problemas que ameaçam a estabilidade do planeta necessitam da construção de um novo modelo de Estado, de sociedade e de economia. Nessa fase da história torna-se fundamental que o tema Direito do Trabalho Mínimo seja amplamente discutido, a fim de que os valores já conquistados pela nossa civilização não comecem a ser relegados pela rigidez de idéias que muitas das vezes ampliaram o estado crítico em que se encontram as instituições.

O atual Direito do Trabalho surge pela idéia e pelos mecanismos de concertação social; fenômeno dos nossos dias, potenciado pela evolução das crises econômicas, a progressiva intervenção tripartida dos parceiros sociais (sindicatos, associações patronais e Governo) para consensualmente definirem e executarem a política econômica e social. Esse fenômeno corresponde a um novo espírito do Estado, menos centralizado, mais aberto aos grupos naturais e mais preocupado com a eficácia de seus atos. É a esse propósito que se referem constantemente as idéias de flexibilização, desregulamentação, Direito do Trabalho Mínimo, de concertação e de busca de consensos, que expressam um método de administrar e legislar em que o Estado se preocupa.

O Direito do Trabalho enfrenta, nesse momento histórico, desafios importantes. O novo Direito do Trabalho, para sobreviver como meio regularizador das relações labo-

rais, deverá beneficiar-se, cada vez mais, do protagonismo dos grupos organizados e que buscam consensos trilaterais (Estado, organizações de empregadores e organizações de trabalhadores), que se exprimem em convenções ou pactos sociais. O sindicalismo tem perdido força e militância, mas ganha poder de intervenção nas decisões políticas, econômicas e sociais.

Vale ressaltar, por fim, que é fundamental, acima de tudo, a conscientização para uma nova postura frente aos fatos relacionados às relações laborais, com a pujança de um ideal perene de justiça social, pois não se combate as mazelas sociais referentes ao conflitos laborais sem antes erradicar suas raízes, há muito tempo encrostadas nos desmandos políticos dos governantes e na mentalidade anacrônica da minoria privilegiada que se recusa a suprir as necessidades elementares da pessoa humana e a distribuir os louros do desenvolvimento econômico.

Notas

¹ Cf. as seguintes decisões do TST proferidas em *Recursos Ordinários em Dissídio Coletivo*: Acórdão n. 1373, de 03.11.97, publicado no DJ de 12.12.97, à p. 65847; Acórdão n. 1373, de 03.11.97, publicado no DJ de 12.12.97, à p. 65847; Acórdão n. 923, de 04.08.97, publicado no DJ de 05.09.97, à p. 42134; Acórdão n. 448, de 15.04.97, publicado no DJ de 23.5.97, à p. 22142; Acórdão n. 354, de 31.03.97, publicado no DJ de 02.05.97, à p. 16821; Acórdão n. 166, de 24.2.97, publicado no DJ de 04.04.97, à p. 10777; Acórdão n. 704, de 24.6.96, publicado no DJ de 4.10.96, à p.37363; bem como decisões proferidas em *Recursos de Revista*: Acórdão n. 6876, de 23.10.96, publicado no DJ de 23.05.97, à p. 22244; Acórdão n. 7451, de 11.12.96, publicado no DJ de 07.03.97, à p.05809; Acórdão n. 4310, de 08.09.97, publicado no DJ de 19.09.97, à p. 45817.

² Cf. Acórdão n. 6876, de 23.10.96, proferido pela Segunda Turma do TST em Recurso de Revista. Relator Min. José Luciano da Castilho Pereira.

Recorrente: Fertilul S/A. Recorrido: Morency Goulart Gonçalves.

³ Acórdão n. 1434, de 17.11.97 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, publicado no DJ de 12.12.97, à p. 65850. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 4ª Região. Recorridos: Sindicato das Indústrias Químicas no Estado do RS e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Plásticas de Estância Velha.

⁴ C.f. Tudo pelo emprego. *Isto É*. São Paulo, p. 108, 17 dez. 1997.

⁵ Decisão proferida pela Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST em 15.04.97, Acórdão n. 448, Relator Min. Antônio Ribeiro.

⁶ Cf. Acórdão n. 4310 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, publicado no DJ de 19.09.97, à p. 45817. Embargo em Recurso de Revista. Embargante: Mineração Morro Velho Ltda. Embargados: Valdir Margarido dos Santos e outros. Relator: Min. Rider Nogueira de Brito.

⁷ RISOLIA, M.A.: *Soberania e crise do contrato*. Bs.As. 1955.

⁸ BORDA, G.: *1-a reforma de 1968 ao código civil*. Bs. Ás. 1971.

⁹ SARDEGNA, M.A.: *Regime de contrato de trabalho e lei nacional de emprego*. Bs. Ás. 1993, p. 30.

¹⁰ Aqui concluíram nossas reflexões no Relatório que se difundiram por aquele Avanço de Investigação apresentado no Instituto Gioja para aquela referência que foi feita na primeira nota.

¹¹ Cf. Acórdão n. 448 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, publicado à p. 22142 do DJ de 23.05.97. Relator: Min. Antônio Fábio Ribeiro.

Bibliografia

BRUNO, Sergio. La flexibilité: un concept contingent. In: MARUANI, Margaret et al. *La flexibilité en Italie: débats sur l'emploi*. Paris: Syros, 1989.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Flexibilização x direito alternativo. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; AGUIAR, Roberto (Org.). *Introdução crítica ao direito do trabalho*. Brasília: UnB, 1993.

CAMPOS, German José. O supermercado e a liberdade econômica absoluta. *A imprensa*. 20 jul. 1993.

FERREIRA FILHO. *Curso de direito constitucional*. 19. edição. São Paulo: Saraiva, 1992.

MARUANI, Margareth et al. *La flexibilité en Italie: débats sur l'emploi*. Paris: Syros, 1989.

Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo

Roberto Sampaio Contreiras de Almeida

Sumário

1. Introdução. 2. Instrumentalidade do processo. 3. Tutela jurisdicional. 4. Princípios do processo civil. 4.1. Princípio dispositivo. 4.2. Princípio inquisitivo. 4.3. Princípio da imparcialidade. 5. Teoria geral das provas. 6. Poderes instrutórios do juiz. 7. Conclusão.

1. Introdução

A questão das iniciativas do juiz em face dos seus poderes instrutórios levou-nos a refletir sobre a sua “condição de terceiro que se interpõe entre as partes e que necessita primeiro conhecer das razões para então adotar as providências voltadas à realização prática do direito da parte” (WANTANABE, 2000, p. 47), em oposição ao princípio que lhe impõe o dever de imparcialidade perante as partes litigantes, bem como uma postura de subordinação à iniciativa das partes quanto ao descobrimento da verdade.

Neste compasso, instigou-nos a abordagem da questão de se saber se o princípio do dispositivo, no processo civil, seria um princípio absoluto, de modo a limitar a atuação do juiz mesmo que, de antemão, fosse possível antever que os resultados do processo distanciar-se-iam dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material da sociedade a que se destina.

A partir dessa perspectiva, pretendeu-se traçar um liame dessa atividade do magistrado com a instrumentalidade do processo, identificada por Antônio Carlos de Araújo

Roberto Sampaio Contreiras de Almeida é advogado inscrito na OAB – DF, Analista Legislativo do Quadro de Pessoal Permanente do Senado Federal e exerce a função de Secretário-Geral da Mesa Adjunto.

Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco como a postura científica que desloca o enfoque do desenvolvimento e aprimoramento do processo dos seus aspectos técnico-dogmáticos para examiná-lo a partir do ponto de vista de seus resultados práticos, como autêntico meio de acesso à “ordem jurídica justa”.

A importância e relevância do tema relacionam-se à necessidade de melhor explorar a concepção publicística do processo, que favorece francamente a aplicação do método teleológico, integrando a ordem processual à ordem jurídica do país por meio da instrumentalidade e libertando-a, assim, das influências dos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX.

2. Instrumentalidade do processo

Quando se coloca em discussão a questão da instrumentalidade do processo, é inevitável iniciá-la com a inserção do tema no âmbito do que Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco denominam “fases metodológicas fundamentais” do direito processual¹, a fim de, a partir do exame histórico das fases sincretista e autonomista, chegar-se à noção do que atualmente representa o referido fenômeno.

Desse modo é que o direito processual, em seus primórdios e até meados do séc. XIX, não era considerado ciência autônoma, pois “não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo” e, por isso mesmo, “a ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida”². Tais são, em síntese, os motivos pelos quais esse período passou a ser conhecido como sincretista.

Em seguida, a partir das especulações dos alemães a propósito da natureza jurí-

dica da ação e do próprio processo, sob o influxo racionalista do “século das luzes”, erigiram-se as grandes construções científicas do direito processual, permitindo-lhe firmar-se como ciência autônoma, razão pela qual aquele período pode ser identificado como o da fase *autonomista* do direito processual.

Essa postura obcecadamente autonomista, pode-se assim dizer, ganhou contornos nítidos com as investigações em torno do direito de ação, permitindo-se assinalar o seu caráter prevalentemente abstrato, plenamente desvinculado do direito material em apreciação. Durou essa fase por volta de um século, até que então se passou a criticar o enfoque excessivamente introspectivo do estudo do sistema processual, de suas categorias e de seus conceitos fundamentais. O processo estava-se tornando um fim em si mesmo, “como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer”³.

A partir de uma postura eminentemente crítica a essa visão introspectiva do exame do direito processual é que nasce a terceira fase em que atualmente se situa o sistema processual, chamada *instrumentalista*, e que prioriza o enfoque da análise do processo para o seu aspecto externo, revelando uma nova perspectiva que se volta para os seus objetivos e resultados a perseguir, não somente no plano individual, mas, sobretudo, no coletivo e social. De que adianta, pois, dispor de instrumentos processuais do mais elevado apuro técnico se não consegue atingir resultados práticos capazes de contribuir para a almejada pacificação social, considerada escopo magno do Estado?

Com efeito, as preocupações hoje daqueles que se ocupam com a matéria são o esclarecimento do modo pelo qual a jurisdição desempenha a sua função instru-

mental com vistas a atingir o objetivo de pacificação social, evitando e eliminando conflitos entre pessoas; alertar para o fator de que o processo não é um fim em si mesmo, mas sim instrumento de realização do direito material; e assinalar, em especial no que concerne ao objeto do presente trabalho, que a atividade do magistrado decorrente do exercício dos seus poderes instrutórios é um meio eficaz destinado a possibilitar, mediante o proferimento de decisões mais justas, o desempenho do relevante papel do processo como “instrumento a serviço da paz social”⁴.

Cândido Dinamarco sintetiza de forma extraordinária a essência do método instrumentalista de exame do direito processual, quando assinala que há “uma série de mensagens, ligadas entre si pelo núcleo comum da instrumentalidade do processo ao direito e do sistema jurídico aos valores sociais e políticos da nação (mediante as quais) propõe-se a desmistificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcançada efetividade do processo” (1998, p. 12).

A fim de melhor explicitar o que chama de *terceiro momento metodológico* do direito processual, ainda o destacado processualista identifica um ponto comum de *maturidade* no estudo do direito processual civil, independentemente das diferenças entre os diversos sistemas processuais do mundo contemporâneo, caracterizado pelo “encontro de todos (os diversos sistemas) em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, *a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final*, a necessidade de assegurar o juiz natural, o ‘due process of law’ e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados” (1998, p. 20-21. Grifo nosso).

Assim é que o aumento da participação do juiz na instrução da causa tem-se revelado, entre as novas manifestações relativas à postura instrumentalista que

envolve a ciência processual, como um dos movimentos nucleares que sintetizam o aprimoramento do sistema processual na atualidade.

Nesse contexto é que se está desenvolvendo, no âmbito do Estado social contemporâneo, a idéia de um escopo meta-jurídico da jurisdição, evidenciado na *paz social* e que, para ser levado a efeito, há que contar com um papel atuante e participativo do juiz, consciente da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade, em oposição à repugnante postura do juiz espectador e conformado (1998, p. 155).

3. Tutela jurisdicional

A propósito do atual momento metodológico da ciência processual, o retorno às especulações em torno da idéia de *tutela jurisdicional* constitui legítimo desdobramento do postulado da *instrumentalidade do processo*.

Entretanto, é preciso destacar que houve períodos no curso do estudo do sistema processual em que “a afirmação da tutela de direitos como escopo do processo inseria-se, tanto quanto as antigas teorias sobre a natureza jurídica da ação, no quadro metodológico de um processo civil do autor” (DINAMARCO, 2000, p. 800), de feições eminentemente privatistas.

Atualmente, em decorrência dos progressos científicos e metodológicos do processo civil, a partir da segunda metade do século XIX, buscaram-se novos conceitos e novas explicações que levaram à superação desta visão do sistema processual como modo de exercício de direitos. Hoje ele é aceito como mecanismo do qual o Estado se vale para dirimir conflitos, muito embora a outorga da tutela a quem tenha direito a ela possa levar à ilusão de que o processo seja feito em prol do autor.

Considerando superada, hoje, a corrente subjetivista do objeto do processo, pois resulta de uma análise privatista do fenô-

meno, José Roberto dos Santos Bedaque reforça a idéia de que uma das finalidades do processo “é a atuação do direito objetivo, sendo a proteção de direitos subjetivos uma consequência natural”.

Para chegar a essa conclusão, parte da premissa de que, “sendo o processo instrumento da jurisdição, deve ser entendido em função desta, ou seja, como instrumento de atuação da lei no caso concreto, como o instrumento de garantia do ordenamento jurídico, da autoridade do Estado. É mediante o processo que o Estado prestigia a ordem jurídica vigente, impondo as normas de direito material às situações da vida real”⁵ (com vistas a atingir a paz e a harmonia social).

Opinando a respeito, Cândido Dinamarco parte da visão do sistema processual sob o seu *ângulo externo*, em contraposição ao método introspectivo que os estudos dogmáticos iniciados no século passado propiciaram:

“Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados. A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito” (2000, p. 798).

Em adição ao seu ponto de vista sobre a *tutela jurisdicional*, o mesmo autor expõe as seguintes observações:

“O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mes-

mo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da ‘efetividade da tutela jurisdicional’, coincidente com a da plenitude do ‘acesso à justiça’ e a do ‘processo civil de resultados’” (p. 798-799).

Ovídio Batista, mantendo semelhante ponto de vista, esclarece a respeito:

“A tutela jurisdicional, no direito moderno, ao contrário do que sucedia no direito romano clássico, não se limita à simples declaração de que o demandante tem razão e de que a situação de direito material de que o mesmo se dizia titular, na causa, era realmente existente e verdadeira: estendida também a todas as formas de execução (‘rectius’, realização) do direito judicialmente afirmado, existente o mesmo monopólio estatal, incumbirá ao juiz prolongar a tutela jurisdicional e, pronunciada a sentença de procedência, realizar, por meio de uma segunda atividade (ação), o direito que a sentença reconheceu existir em prol do autor. Aqui, neste segundo momento da função jurisdicional, o Estado solidariza-se com o titular do direito que ele próprio reconheceu ter razão, substituindo a originária atividade privada de realização do direito por uma forma de atividade estatal correspondente. Esta segunda forma de atividade jurisdicional, que o Estado presta apenas no caso de ação ser procedente, corresponde ao auxílio estatal para a realização do direito material que ele próprio reconheceu como existente e merecedor de proteção jurisdicional”⁶.

Ao cabo deste capítulo, para sintetizar a conceituação da *tutela jurisdicional* tal como

é vista pela doutrina moderna, ante o panorama do processo civil de resultados, mais uma vez se faz necessário transcrever lapidar ensinamento de Cândido Dinamarco:

“Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. Tutela é a ajuda, proteção. É ‘jurisdicional’ a proteção outorgada mediante o exercício da ‘jurisdição’, para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava. Sabido que o escopo magno do processo civil é a pacificação de pessoas e eliminação de conflitos segundo critérios de justiça, consistindo nisso a função estatal a que tradicionalmente se chama ‘jurisdição’, segue-se que compete aos órgãos jurisdicionais outorgar essa proteção àquele cuja proteção seja merecedora dela. O exercício consumado da jurisdição há de ter por resultado a prevalência efetiva de uma pretensão, para que o conflito se elimine e cada um obtenha o que lhe é devido segundo o direito (bens ou situações jurídicas). Sem resultados assim o processo civil careceria de legitimidade” (2000, p. 807-808).

4. Princípios do processo civil

Nesta passagem do presente estudo, em que se pretende abordar a pertinência do exame dos princípios de processo civil à questão da instrumentalidade do processo em face dos poderes instrutórios do juiz, faz-se mister esclarecer o âmbito restrito em que se propõe tratar a matéria, não se pretendendo aqui estender a análise a todos os princípios do processo civil, uma vez que extrapolaria os limites do que se propõe.

Tecidas tais considerações, passar-se-á ao exame daqueles princípios que, ante o

enfoque que se pretende dar à matéria, maior influência trazem ao tema dos poderes de que dispõe o juiz no processo.

4.1. Princípio dispositivo

Segundo este princípio, o juiz depende da iniciativa das partes, na instrução da causa, quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão⁷.

A despeito de a doutrina clássica, mais arraigada a conceitos liberais, ter defendido o afastamento sistemático do juiz nas iniciativas que possam levar ao seu convencimento quanto à veracidade dos fatos alegados pelas partes, diante dos contornos publicistas que o processo vem adquirindo nos tempos modernos, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Nessa medida, “o Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretos do magistrado (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial”⁸.

Outros doutrinadores dão entendimento mais abrangente ao princípio em exame, tratando na sua definição também do princípio da demanda: “o princípio dispositivo é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito trazido a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando mediante solicitação do interessado”⁹.

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque tece comentários referentes ao emprego, pela doutrina, da expressão *princípio dispositivo*, com o objetivo de

expressar coisas diversas, dificultando o estudo do problema em face da inexata precisão terminológica.

Segundo esclarece, a denominação *princípio dispositivo*, “deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispositivo’. Conclui, o eminente processualista, no sentido de que “deve (o juiz) desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo”¹⁰.

Esse mesmo autor alude ao nexos entre a questão referente aos poderes instrutórios do juiz e o ‘princípio dispositivo’, esclarecendo que esse tem sido o entendimento da maioria da doutrina processual, “ao afirmar que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede tenha ele iniciativa probatória”¹¹.

A realidade é que hoje o princípio dispositivo encontra-se mitigado no processo civil, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício. Esse é o entendimento da doutrina moderna, sintetizado da seguinte maneira por Ovídio Batista: “No direito brasileiro, pode-se dizer que ainda vigora o ‘princípio dispositivo’ como regra fundamental, ou como simples princípio diretivo, sujeito, porém, a severas limitações previstas pelo legislador em inúmeros dispositivos legais que o abrandam consideravelmente, outorgando ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória, o que, aliás, (...) apenas demonstra que o ‘princípio dispositivo’, tal como a doutrina o descreve, jamais foi observado historicamente como uma norma absoluta”¹².

Para finalizar, não se pode postergar o interessante ponto de vista de João Batista

Lopes, ao qual nos associamos *in totum*, que enfoca a essência do princípio dispositivo na vedação ao juiz de tomar em consideração fatos não alegados pelas partes, não lhe competindo, pois, investigá-los ou complementá-los, tendo em vista serem incumbências exclusivas das partes. Ao mesmo tempo, admite tal orientação comportar temperamentos, em se tratando de direitos indisponíveis e sobretudo nas causas envolvendo interesses de menores. Já no que respeita à prova dos fatos, entende competir ao juiz maior soma de poderes para que ele tome iniciativas nesse campo.

4.2. Princípio inquisitivo

Compreende esse princípio a prerrogativa que se atribui ao juiz de desvincular-se das iniciativas das partes para a busca da verdade, satisfazendo as suas “curiosidades” por iniciativa própria.

Embora sua maior pertinência diga respeito ao processo penal, muitas de suas vertentes aplicam-se ao processo civil. Historicamente, se estende à iniciativa de instauração do processo pelo próprio juiz. É o que se conhece por processo inquisitivo, e que “se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz”, segundo observam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹³. Este último processualista salienta, contudo, em outra de suas obras, que “a escalada inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde à crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual repudia a teoria dos ‘fins limitados’. (...) Nos sistemas político-constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõem a presença do juiz atuante. É assim o nosso sistema processual da atualidade, onde a todo momento é preciso enfatizar que os juízes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador” (1998, p. 287).

Por derradeiro, novamente Cândido Dinamarco destaca alguns temperamentos necessários à aplicação do princípio inquisitivo no processo civil, em equilíbrio com o princípio dispositivo, cujo principal fundamento é a exigência de imparcialidade do juiz:

“O direito processual moderno procura também equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme com o direito objetivo material, fazendo justiça. É preciso, de um lado, reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário; e, de outro, abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. Tal é, no sentido mais amplo possível (conquanto inevitavelmente vago), a fórmula da publicização do processo no tempo presente” (1998, p. 54).

4.3. Princípio da imparcialidade

Por princípio da imparcialidade tem-se a noção da necessária equidistância do juiz em relação às partes, como pressuposto, até, de validade da relação processual. É garantia de justiça para as partes, uma vez que o Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional, decorrendo daí o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

Assim é que “só a jurisdição subtraída de influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos individuais com justiça”¹⁴.

Contudo, imparcialidade não significa indiferença axiológica, muito menos a isenção do magistrado significa insensibilidade. Não se pode esquecer que “o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo” (DINAMARCO, 1998, p. 36).

A imparcialidade do juiz deve ter a justa medida da sua superioridade em relação a sentimentos e interesses pessoais, mas não pode, por outro lado, consistir em comportamento desinteressado e conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. O juiz moderno deve compreender “que só lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusar a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença” (DINAMARCO, 1998, p. 196).

Perante tais considerações, há que se salientar que a iniciativa instrutória do juiz, se levada a extremos, seria perigoso fator de abertura à parcialidade. Seu comportamento, nesse particular, deve-se pautar exclusivamente na ética e no interesse público por detrás do exercício da jurisdição, qual seja o de eliminar conflitos mediante critérios justos.

5. Teoria geral das provas

Em decorrência do elastério que hoje se confere ao direito de ação e à ampla defesa, a preocupação com o direito à prova adquiriu maior dimensão, no sentido de haver uma relação direta do efetivo exercício da atividade probatória com a qualidade da tutela jurisdicional, assim entendida como proteção efetiva do direito (Cf. LOPES, 1999, p. 163).

Nesse diapasão, Cândido Dinamarco lamenta que, “embora não lhe sobre espaço entre os ‘institutos fundamentais do direito processual’, a prova ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema, pois

dela depende o correto exercício da jurisdição (fidelidade à vontade concreta do direito) e sem ela a garantia de ação e o ‘jus exceptionis’ careceriam de conteúdo substancial” (1998, p. 231).

Feitas essas digressões, passar-se-á ao exame de alguns dos principais temas ligados à prova, a começar pela sua definição e conceito. Desse modo, cumpre esclarecer a origem etimológica do vocábulo ‘prova’, que provém do latim *proba, de probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de). Entende-se, assim, no seu sentido jurídico, “a denominação que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou do ato demonstrado” (SILVA, 2000, p. 656).

Prova, portanto, pode ser conceituada como a demonstração de fatos em juízo (e, excepcionalmente, do próprio direito, segundo se verá adiante).

No entanto, adverte Ovídio Batista quanto ao extremo cuidado necessário ao tratar de uma questão probatória no domínio da ciência jurídica, quando se alude ao conceito de verdade, pois, segundo salienta, não se pode imaginar que a prova de um fato equivalha à demonstração da veracidade de sua existência. Acrescenta ainda o preclaro processualista verificar-se “uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como a demonstração da ‘verossimilhança da existência de uma determinada realidade’, restaurando-se, neste sentido, a doutrina aristotélica da ‘retórica’, como ‘ciência do provável’, a que se chega através de um juízo de probabilidade”.

Nesse sentido, sustenta que “a complexidade da moderna civilização de massa, com a intensificação generalizada de contatos sociais de natureza ‘terciária’ e portanto superficiais, vem determinando a utilização cada vez mais acentuada de critérios puramente ‘formais’ de verdade, baseados na simples ‘aparência’, de que são exemplos os incontáveis ‘negócios jurídicos abstratos’, como é o caso dos títulos exe-

cutivos extrajudiciais, especialmente os cambiários, que têm vida jurídica independentemente de sua causa”¹⁵.

Há, no entanto, duas acepções para o termo ‘prova’: o objetivo e o subjetivo. Objetivamente considerado, o termo abrange os “meios destinados a convencer o juiz dos fatos relativos ao processo” (ALVIN, 2000, p. 508), ou “o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo” (LOPES, 1999, p. 22). Na acepção subjetiva, significa “a convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto a existência ou inexistência dos fatos” (SANTOS, 2000, p. 329).

No que tange a sua natureza jurídica, embora haja controvérsias, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini consideram-na “instituto tipicamente processual”¹⁶.

Quanto ao seu objeto, há um princípio elementar de direito probatório donde se conclui que apenas os fatos (controvertidos e relevantes) devem ser provados – *iuria novit curia* – de tal modo que inexistente a necessidade de provar o direito. Não obstante, excepcionalmente o direito pode ser objeto de prova, conforme se depreende de regra tradicional de nosso direito (art. 337 do CPC), segundo a qual, estando em questão direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, o direito, se assim o determinar o juiz, deve ser provado por quem o alega.

Outra questão relevante no trato da teoria geral das provas é a que diz respeito à finalidade e ao destinatário da prova: destina-se a prova ao juiz, não à parte adversa, pouco importando quem teve a iniciativa de produzi-la. A prova, portanto, não pertence à parte que a produziu, no sentido de que o fato de tê-la produzido não lhe assegura poderes de disposição sobre a mesma conforme a sua conveniência processual. Na lição de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, “uma vez produzida,

passa (a prova) a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que (...) não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada”¹⁷. Trata-se do denominado *princípio da aquisição processual*.

Em outro aspecto, a propósito da questão relativa à hierarquia das provas, por força da aplicação do princípio do livre convencimento motivado, estampado no art. 131 do CPC, dá-se às provas valor relativo, isto significando que inexistente hierarquia entre elas, salvo raras exceções, como é o caso do art. 366, que estatui que, em determinadas hipóteses, quando a lei exigir o instrumento público como sendo da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial, poderá suprir-lhe a falta.

Finalmente, não se pode olvidar a relevante questão do *ônus da prova*.

Antes de tudo, cumpre esclarecer a exata significação do termo ‘ônus’, a fim de distingui-lo de ‘obrigação’ ou ‘dever’. “A parte gravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito correspondente, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse”¹⁸.

Difere de dever, pois este pressupõe sanção, uma vez que “sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, em verdade está obrigando ao cumprimento, o que gera ao pólo oposto da relação jurídica o direito – correlato e em sentido contrário – de exigir o comportamento do obrigado. Nada disso ocorre com o ônus, que implica tão-somente, no caso de descumprimento, em uma consequência processual. Há interesse no cumprimento do ônus da prova. Com ‘interesse’ se quer dizer que a prática do ato processual favorece à parte. Há interesse em praticá-lo porque se tirará algum proveito processual com a atividade”¹⁹.

A teor do disposto no art. 333 do CPC, compete ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (inc. I); ao réu, em contra-

partida, incumbirá a prova do fato que vier a alegar, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II).

Pondo termo a esse sucinto exame da ‘prova’ e ainda no que diz respeito ao seu ônus, há que se mencionar os poderes conferidos ao juiz, segundo seu prudente arbítrio, de alterar o ônus da prova quando se tornar excessivamente difícil o exercício do direito e, por outro lado, a possibilidade de as partes alterarem convencionalmente o ônus da prova, em se tratando de direitos disponíveis.

6. Poderes instrutórios do juiz

A permanente evolução em busca do ideal de justiça rápida e qualificada tem marcado a história do direito probatório, conforme salienta João Batista Lopes, ao dispor sobre as tendências atuais do direito probatório, aduzindo que “o momento atual revela predominância da oralidade, preocupação com a simplificação e celeridade do processo e fortalecimento dos poderes do juiz” (1999, p. 19).

Essas tendências são efeitos daquilo que se convencionou chamar *terceira fase metodológica fundamental do direito processual*, que é o fenômeno da *instrumentalidade do processo*. Na essência de tal fenômeno encontra-se a “permeabilidade (do sistema processual) aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina” (DINAMARCO, 1998, p. 22).

Conforme ressaltam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, “em tempos outros, o magistrado atuava como um espectador da atividade probante das partes, sem interferir na iniciativa ou condução da prova. Essa postura não mais se coaduna com o processo civil moderno, que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição da justiça”²⁰.

Essas razões levam a doutrina a concluir que, a teor do disposto no art. 130 do CPC, pode o juiz, de ofício, determinar as provas necessárias à descoberta da verdade, independentemente da iniciativa das partes. O âmago da questão é delimitar-se a extensão e em que medida é lícito ao juiz dispor de tais poderes.

Nesse ponto, as opiniões da jurisprudência e doutrina são controvertidas. Theotonio Negrão (2000, p. 218), no seu CPC anotado, apresenta nota de jurisprudência do STJ ao supracitado art. 130, com o seguinte teor: “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes” (RSTJ 84/250 e STJ-RT 729/155).

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini manifestam entendimento semelhante ao afirmarem que, “em se tratando de direito indisponível (...) a doutrina reconhece com maior facilidade que o poder instrutório do juiz é pleno, posto que, se a parte não pode do direito dispor, certamente não poderá se opor à prova dos fatos que o envolvam”²¹. Apesar de tudo, recomendam cautela e temperamentos na aplicação da regra, a fim de que o magistrado não se torne assistente de uma parte em detrimento da outra, com atividade probatória supletiva àquela que competiria ao interessado, alertando que “o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranqüilidade necessária para o julgamento perfeito, sempre que a prova de iniciativa da parte não for suficiente para o seu convencimento”.

Moacyr Amaral Santos interpreta com maior moderação ainda o art. 130 do CPC, pois considera que “o poder de iniciativa judicial (...) deverá ser entendido como

supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam propostas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa” (2000, p. 350).

Outros autores há que têm uma visão mais progressista dos poderes instrutórios do juiz, em face de uma perspectiva eminentemente publicista do processo, entre os quais pode-se citar José Roberto dos Santos Bedaque, que se expressa com bastante clareza neste sentido quando afirma que: “a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.

A propósito, poder-se-ia alegar a parcialidade do juiz na medida em que, se o ônus de provar não implica, como foi visto, obrigação ou dever da parte, mas o interesse em se criar uma situação processual que lhe favoreça, obviamente que, se essa mesma parte deixa de desencumbir-se da prática desse ato, seu *ex adverso* poderia tirar proveito processual dessa sua inatividade. Então, o exercício pelo juiz de seus poderes instrutórios poderia inverter tal situação, em benefício da parte inerte. Não obstante, há que se considerar a relação direta do efetivo exercício da atividade probatória com a

qualidade da tutela jurisdicional, pois, conforme já mencionado, dela depende o correto exercício da jurisdição e, conseqüentemente, a fidelidade à vontade concreta do direito, obtendo-se, desse modo, em última análise, a pacificação social.

Em síntese, o aumento dos poderes instrutórios do juiz não favorece qualquer das partes, pois o empenho do juiz na procura da verdade é procedimento que caracteriza a consciência de suas responsabilidades com os escopos do processo, ligado ao interesse público que prepondera na justificativa da existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Outrossim, demonstra seu comprometimento com a completa apuração dos fatos, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto.

7. Conclusão

De tudo que foi dito, é possível inferir-se que os poderes instrutórios atribuídos ao juiz derivam da necessidade de que o Estado disponha de meios juridicamente adequados para atingir a finalidade magna por ele perseguida na prestação jurisdicional, que é a pacificação social.

Desse modo, o jurisdicionado, ao provocar o Estado mediante o exercício do direito de ação, dele espera receber uma prestação jurisdicional de qualidade, a ser atingida com o proferimento de decisões justas.

Tanto o legislador como o intérprete e aplicador das normas jurídicas têm o dever de preocupar-se em dotar o ordenamento jurídico de meios eficazes ao *acesso à ordem jurídica justa*, pois só assim será possível à coletividade valer-se da jurisdição para a obtenção da paz social, uma vez que o interesse privado da parte que movimenta a máquina judiciária para a tutela de direitos subjetivos não obsta à existência, por outro lado e paralelamente, do interesse do Estado na correta atuação da lei, pois tanto o indivíduo como o Estado têm interesse no

provimento justo e de qualidade: aquele, sob o ponto de vista da satisfação de suas aspirações individuais e este, o Estado, em razão de que, com a solução dos diversos conflitos individuais estar-se-á atendendo ao interesse da coletividade na obtenção da paz social.

Com efeito, para a plena consecução da missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é necessária a superação de óbices que possam ameaçar a boa qualidade da prestação jurisdicional, entre os quais aqueles que dizem respeito ao modo-de-ser-do-processo e à justiça das decisões, no sentido de que “o juiz não deve ser um mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual”²².

Destaca-se, portanto, a necessidade de que o juiz tenha um papel “adequadamente participativo na busca de elementos para a sua própria instrução”, de modo a pautar-se pelo critério de justiça na solução do litúgio²³.

Nesse contexto, já é possível verificar-se tendência irreversível de ampliação dos poderes do juiz, especialmente quanto à iniciativa probatória no Direito Processual Civil, como decorrência do aperfeiçoamento de nossas instituições, uma vez que há uma tomada de consciência política do magistrado em relação ao seu relevante papel na contribuição para uma prestação jurisdicional mais justa e consentânea, em última análise, com os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, proveniente do desencadeamento desse novo método crítico de análise do Direito Processual, denominado instrumentalismo.

Nessa acepção, os poderes instrutórios do juiz se consubstanciam em importante instrumento do Estado na prestação da tutela jurisdicional, com vistas à persecução de um resultado efetivamente justo do processo, passível de contribuir para a realização da pacificação social e adequado ao progresso científico dos tempos atuais.

Notas

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 42.

² Idem, ibidem. p. 43.

³ Idem, ibidem. p. 42.

⁴ Idem, ibidem.

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 52.

⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. v. 1. p. 102.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 64.

⁸ Idem, ibidem. p. 66.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. p. 68.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 71.

¹¹ Idem, ibidem. p. 65.

¹² Op. cit. p. 62.

¹³ Op. cit. p. 58.

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 32.

¹⁵ Op. cit. p. 338-339.

¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. p. 473.

¹⁷ Idem, ibidem. p. 479.

¹⁸ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. p. 345.

¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. p. 480.

²⁰ Idem, ibidem. p. 479.

²¹ Op. cit. p. 480.

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. p. 35.

²³ Idem, ibidem. p. 34.

CARVALHO, Roldão Oliveira de; CARVALHO NETO, Algomiro. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: doutrina, prática, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Bestbook, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1-3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. rev. e atual. por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis*. São Paulo: Led, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até julho de 1999. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. atual. até 5 de janeiro de 2000. Org. sel. e notas Theotonio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. até 1º de agosto de 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: CEBEPJ, 2000.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1-2.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

O Poder Legislativo e os tratados internacionais

o treaty-making power na Constituição brasileira de 1988

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Sumário

1. Introdução. 2. A Constituição brasileira de 1988 e o poder de celebrar tratados. 2.1. As divergências doutrinárias entre Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão. 2.2. O relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo de conclusão de tratados. 2.3. O papel do Congresso Nacional no processo de celebração de tratados. 3. Procedimento parlamentar: etapas internas das Casas do Congresso Nacional. 4. Procedimento brasileiro para a entrada em vigor dos tratados. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho se propôs a estudar a competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, bem como a sistemática de incorporação desses mesmos instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foi necessário que se fizesse uma análise pormenorizada do papel do Congresso Nacional e do Poder Executivo no procedimento de celebração de tratados, interpretando os dispositivos da Constituição de 1988 que tratam do assunto.

2. A Constituição brasileira de 1988 e o poder de celebrar tratados

O Brasil tem ratificado atos internacionais de grande complexidade, tanto *bi* como *multilaterais*. A presença crescente do Brasil no cenário internacional e a conseqüente intensificação dos contatos gerou nos últi-

Valerio de Oliveira Mazzuoli é Advogado em Presidente Prudente, SP.

mos anos um aumento significativo de atos internacionais negociados e concluídos pelo Brasil, sobre as mais diversas matérias. Segundo informações do Ministério das Relações Exteriores, a título exemplificativo, durante o Império, o Brasil concluiu 183 atos internacionais; na Primeira República, 200 atos; nos quatro anos da primeira administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foram celebrados 392 atos bilaterais e 143 multilaterais. Tais documentos, que o governo assina em nome da República, devem ser, pelo direito interno, objeto de um tratamento igualmente complexo, que, no âmbito dos Poderes da União, dá-se pelo Executivo e pelo Congresso Nacional, em colaboração de um com o outro (MARTINS, 1996, p. 263).

Desde a Primeira República até os dias atuais, o sistema adotado pelo Brasil no que tange à matéria consagra a participação do Poder Legislativo no processo e conclusão de tratados, não tendo havido, de lá para cá, profundas modificações nos textos constitucionais brasileiros.

A competência para celebrar tratados foi intensamente discutida na Assembléia Constituinte de 1987 a 1988. Por um imperdoável lapso do legislador, no encerramento dos trabalhos, a Comissão de Redação não foi fiel à vontade do Plenário e provocou o surgimento de dois dispositivos antinômicos: os artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição.

O texto final, aprovado por 474 votos a favor, 15 contra e 6 abstenções, e promulgado como a nova Constituição da República Federativa do Brasil, aos 5 de outubro de 1988, passou a dispor quanto à forma de ingresso dos tratados internacionais no direito brasileiro que:

“Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”

“Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)”.

Da simples leitura dos artigos transcritos, é possível perceber que a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados internacionais (LENZA, 1998, p. 105); (PIOVESAN, 1998, p. 70).

Essa conjugação de vontades entre o Executivo e o Legislativo, aliás, *sempre* esteve nas Constituições brasileiras. Excetue-se, apenas, o texto da Constituição do Império, de 1824, que dizia, no seu art. 142:

“São atribuições do Imperador: (...)

X – Fazer tratados de aliança ofensivos ou defensivos, de subsídio e comércio, levando-os porém ao conhecimento da Assembléia Geral, logo que o interesse e segurança do Estado o permitirem. Se os tratados concluídos em tempo de paz contiverem cessão ou troca de parte do território do Império ou de possessões a que o Império tenha direito, não poderão ser ratificados sem terem sido aprovados pela Assembléia Geral”.

Como se percebe, o imperador dava apenas ciência à assembléia geral de que havia concluído um tratado, o que demonstra que não era necessária qualquer aprovação por parte deste órgão. Só excepcionalmente é que a aprovação legislativa se fazia obrigatória, como nos casos que envolvessem questões territoriais. À exceção desta Carta, a aprovação legislativa para a ratificação de tratados internacionais sempre se fez presente.

Assim é que a Constituição de 1891, no artigo 34, estabelecia ser da competência privativa do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras”,

atribuindo ao Presidente da República, no art. 47, a competência para “entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso” (inc. XVI).

A Carta de 1934, por sua vez, no mesmo sentido, fixava no artigo 40, alínea *a*, a competência exclusiva do Poder Legislativo para “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz”, reafirmando no artigo 56 a competência do Presidente da República para “celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo” (§ 6º). À exceção da Carta de 1937, a Constituição de 1946, da mesma forma, previa no seu art. 66, I, ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República”.

Por último, a Carta Constitucional de 1967, com as emendas de 1969, previa no art. 44, I, ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”, acrescendo no artigo 81 ser da competência privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional”.

2.1 As divergências doutrinárias entre Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão

Algumas discussões doutrinárias surgiram, sob a égide dos textos constitucionais anteriores, a respeito da obrigatoriedade ou não de se passar pelo crivo do poder Legislativo todo e qualquer tipo de ato internacional.

Os comentaristas dos textos constitucionais anteriores se dividiam, no que diz respeito à obrigatoriedade de *todos* os atos internacionais concluídos pelo Executivo serem aprovados pelo Poder Legislativo. Parte da doutrina entendia que ao Congresso Nacional caberia aprovar todo e qualquer

ato internacional concluído pelo Poder Executivo¹. Outros já reconheciam como válidos alguns acordos internacionais produzidos tão-somente pelo Executivo, levando para tanto em conta a prática interna e internacional a respeito². Dessa última corrente era afiliado Hildebrando Accioly, para quem existia a possibilidade de se concluir acordos internacionais sem a aprovação do Congresso Nacional. Para Accioly, a *pedra de toque* seria a matéria versada no tratado: “Se a matéria sobre que versa o tratado é da competência exclusiva do Poder Legislativo, está claro que o aludido ato não se pode tornar válido sem a aprovação legislativa; e, se depende de tal aprovação, deve ser submetido à ratificação” (1948, p. 5-11). Segundo o referido publicista, independeriam de aceitação formal do Poder Legislativo os seguintes atos:

- a) os acordos sobre assuntos que sejam de competência privativa do Poder Executivo;
- b) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para tanto, sobre assuntos de interesse local ou de importância restrita;
- c) os que simplesmente consignam a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente;
- d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento;
- e) os de *modus vivendi*, na medida em que têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para futuras negociações.

Accioly fundamentava o seu posicionamento fazendo referência à prática norteamericana dos “acordos do executivo”, que cobrem assuntos dos mais importantes e cuja validade não se subordina à aprovação do Senado americano (ACCIOLY, 1950, p. 95-108). Na lição do Prof. Cachapuz de Medeiros,

“mesmo nos Países onde a Constituição conserva a exigência da aprovação parlamentar para todos os tratados internacionais, formaram-se práticas

diplomáticas, desvirtuadas da letra constitucional, pelas quais o Governo conclui vários tipos de ajustes, sem o consentimento das Câmaras legislativas. São os convênios denominados, na prática norte-americana, de *executive agreements* e, mais adequadamente chamados de *acordos em forma simplificada*” (MEDEIROS, 1995, p. 199).

Combatendo essa tese por Accioly firmada, Haroldo Valladão, em Parecer dado ao Ministro das Relações Exteriores Raul Fernandes, como consultor do Itamaraty, lecionou no sentido de que é inaceitável que tratados que não dependem de ratificação sejam imunes à aprovação congressual, visto que isso importaria em pedir ao Direito Internacional a solução de um problema de exegese constitucional, o que não é admissível. O maior ou menor poder que o Governo de um Estado tem para negociar e assinar atos internacionais é assunto típico do direito interno de cada país, que escapa da alçada do Direito Internacional. Asseverava ainda que o Brasil é signatário da Convenção de Havana sobre o Direito dos Tratados, de 1928, que impõe a absoluta necessidade de ratificação para *todos* os tratados, sem exceção. Finalizou dizendo que a regra norte-americana seria inaplicável no Brasil posto que a nossa Constituição [referia-se ele à Carta de 1891, art. 48, nº 16] não distinguiu, como fez o constituinte americano, entre tratados e ajustes de menos importância, dizendo apenas “ajustes, convenções e tratados”, sujeitando-os todos ao crivo do Legislativo, condição *sine qua non* para a sua validade e conseqüente eficácia jurídica no âmbito da soberania interna. A única exceção admitida por Valladão seria a relativa aos pactos feitos por chefes militares dentro do limite de suas atribuições (VALLADÃO, 1950, p. 95-108)³.

Em face dessas ponderações, Accioly replicou, por meio do mesmo *Boletim*, argumentando principalmente que já na vigência da Carta de 1891 concluíram-se acordos internacionais sem aprovação do Congres-

so Nacional, consoante evidenciava o *Código das Relações Exteriores*, publicado em 1900. Considerou injustificado o argumento de que os constituintes brasileiros tiveram por vontade subordinar o Executivo ao Legislativo, visto que, mesmo em países de regime parlamentar, é ao Chefe da Nação ou do Governo que cabe a condução da política exterior. Asseverava que não há na doutrina e jurisprudência internacionais princípio tendente à absoluta necessidade de serem ratificados, sem exceção, todos os tratados. São exemplos de exceção ao princípio da absoluta necessidade de ratificação os *acordos em forma simplificada*. Segundo ele, até mesmo a Convenção de Havana, de 1928, admite o princípio contrário, pois estipula que “os tratados vigorarão desde a troca ou depósito das ratificações, salvo se, por cláusula expressa, outra data tiver sido convencionada”. Finalmente, insiste Accioly na tese da razoabilidade da competência privativa. Sendo a matéria de competência do Poder Executivo, não haveria por que, depois de aprovado o acordo, devesse o mesmo passar pelo crivo do Poder Legislativo, a fim de colocá-lo em vigor. Para ele, o costume de muitos anos sempre foi o de não ser exigível a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais (ACCIOLY, 1950, p. 20-23).

Como informa Grandino Rodas, a prática do Ministério das Relações Exteriores, assim como a opinião de juriconsultos ao mesmo ligados, como os consultores jurídicos Levi Carneiro e Rezende Rocha, e os diplomatas Nascimento e Silva e Pereira de Araújo, seguiram a tendência de Accioly (RODAS, 1991, p. 33). Para o primeiro, somente os acordos de competência privativa do Poder Executivo, de importância secundária, poderiam deixar de ser submetidos ao Congresso Nacional. Os acordos executivos só poderiam interpretar aspectos de menos importância de tratados. Levi Carneiro afasta ainda os ajustes para prorrogação de tratados, por se assimilarem eles mais a tratados novos. Sua conclusão –

lembra Grandino Rodas – é no sentido de restringir a prática de simples troca de notas nos casos em que é cabível, sem ulterior pronunciamento do Congresso (RODAS, 1991, p. 34). Para Nascimento e Silva, além das hipóteses aventadas por Accioly, não estariam sujeitos à ratificação também os acordos por troca de notas. Via de regra, tais acordos tratam de assuntos de somenos importância, a exemplo da interpretação de um artigo obscuro constante de um tratado ou de matéria administrativa. Pereira de Araújo entendia que pelo fato de inexistir, nas Constituições posteriores à de 1891, as palavras “sempre” e “ajustes”, que dela constavam, criou condições para a superveniência de uma norma consuetudinária *extra legem*, no sentido de que os atos internacionais de menos importância estariam dispensados de aprovação pelo Poder Legislativo. O grande número de atos internacionais concluídos pelo Brasil sem a participação do Congresso Nacional estaria a evidenciar tal fato. Para Rezende Rocha, quando o acordo se contiver nas atribuições do Poder Executivo ou às mesmas se circunscrever, reivindicar o assentimento do Legislativo para a ratificação de tratados importaria em contestar a própria separação de poderes e a necessidade do seu recíproco respeito⁴.

A controvérsia ainda mais se intensificou com a redação dos textos constitucionais de 1967 e 1969. A Carta de 1967 referia-se a “tratados, convenções e atos internacionais”, servindo de base para que Haroldo Valladão reafirmasse sua opinião acerca da impossibilidade de aprovação de qualquer tipo de ato internacional sem a aprovação do Congresso Nacional⁵. José Francisco Rezek, nesse sentido, asseverava que defender a convalidação de atos internacionais destituídos de aprovação parlamentar com base na existência de um costume internacional, como o fizeram Accioly e Pereira Araújo, passa a ser um exercício *contra legem* e não mais *extra legem*. E costume internacional contra a letra da Constituição é incompreensível, pois contraria a lógica ju-

rídica. Nem mesmo é indubitável ter existido o elemento psicológico do costume, pois o simples silêncio frente às publicações oficiais não perfaz a *opinio juris*, além do que, vez por outra, ocorreram manifestações contrárias à prática. Crítica também a opinião daqueles que argumentam a prática dos acordos executivos, em vista da necessidade de decisões rápidas, concluindo que a eventual demora na aprovação por parte do Legislativo decorre da indiferença do Executivo (RODAS, 1991, p. 39-40).

A prática brasileira dos acordos em forma simplificada, concluídos sem a autorização expressa e específica do Poder Legislativo, entretanto, é bastante intensa no Brasil, como demonstram os inúmeros acordos concluídos pelo nosso país desta maneira, fato esse que levou o Prof. Cachapuz de Medeiros a observar “que o Itamaraty mantém o entendimento (...) de que o Brasil pode ser parte em acordos internacionais que não dependam da aprovação do Congresso Nacional” (MEDEIROS, 1983, p. 144). O lavor da Assembléia Constituinte, como assevera Grandino Rodas,

“não foi levado em consideração no referente ao reconhecimento de direito da existência dos acordos em forma simplificada. Além de continuar não havendo previsão constitucional para tais tipos de acordo, o inc. VIII do art. 84, ao se referir não somente a tratados e convenções, mas até mesmo a atos internacionais, parece, em interpretação literal querer sujeitar qualquer ato internacional à aprovação parlamentar” (RODAS, 1991, p. 44 - 47).

O artigo 80 da Constituição italiana, em redação semelhante, dispõe:

“Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali, che sono di natura politica o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze, o modificazioni di leggi”.

À semelhança da norma brasileira, insculpida no art. 49, I, da Carta de 1988, esse

dispositivo, segundo a doutrina italiana, tem o condão de submeter ao Parlamento

“tutti i trattati internazionali, specificandole poche eccezioni che a contrario si desumono dall’attuale testo dell’art. 80; perché l’elencazione che ivi si legge, soprattutto a causa della grande elasticità della prima e dell’ultima categoria di trattati, lascia ben pochi trattati internazionali fuori della norma che dispone l’esame del Parlamento, dato che pochi sono i trattati non di natura politica o che non importano una modificazione alla legislazione interna” (BARILE, 1998, p. 332).

Mas a doutrina italiana reconhece as numerosas perplexidades decorrentes dos chamados acordos em forma simplificada, aperfeiçoados ao alvedrio do Poder Legislativo. A esse respeito, a *Corte costituzionale* italiana (sent. nº 295/1984) chegou a afirmar que, para os acordos internacionais que incidem sobre aquelas matérias estabelecidas no art. 80 da Constituição, não fica dispensada para sua ratificação a aprovação legislativa, sem embargo da prática corrente de conclusão desses acordos também neste País (BARILE, 1998, p. 332).

2.2 O relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo de conclusão de tratados

Toda a discussão acima, mostrada ainda que brevemente, bem reflete a complexidade do tema que estamos tratando. Mas, deixando as discussões doutrinárias de lado, retomemos o raciocínio anterior. Urge voltarmos à explicação de como o Poder Executivo se relaciona com o Legislativo, no que diz respeito à conclusão dos tratados internacionais em geral.

De acordo com a Constituição brasileira de 1988, “compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (art. 21, I)⁶. Ao Presidente da República é dada competência privativa para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84,

VIII). O Congresso, por sua vez, tem competência exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I). A redação dos dispositivos manteve-se, na expressão de Grandino Rodas, fiel à nossa má tradição constitucional na matéria, “não tendo nem mesmo incorporado no texto os poucos avanços contidos no projeto de Constituição da Comissão de Sistematização” (RODAS, 1991, p. 43).

O certo é que, enquanto cabe ao Poder Executivo presidir a política externa, ao Legislativo cumprir o controle dos atos executivos, uma vez que àquele incumbe a defesa da nação no cenário internacional⁷. Por importar no comprometimento da soberania nacional, não pode o tratado produzir efeitos se não for seguido de aprovação pelo Congresso, que representa a vontade nacional (COSTA, 1989, p. 115). O Presidente da República, com a competência privativa que lhe dá a Carta Magna, assim, não age por delegação do Congresso, mas por direito próprio, como já ensinou Pontes de Miranda (1987, p. 327).

Terminada a fase de negociação de um tratado,

“o Presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento” (REZEK, 1996, p. 68).

Estando satisfeito com o acordo celebrado, o Chefe do Poder Executivo submete-o ao crivo do Parlamento, representativo da vontade da Nação, podendo, também, em caso de insatisfação, mandar arquivá-lo.

O Congresso Nacional, por sua vez, quando chamado a se manifestar, por meio da elaboração de *decreto legislativo* (CF, art. 59, VI), materializa o que ficou resolvido

sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. Não há edição de tal espécie normativa em caso de rejeição do tratado, caso em que apenas se comunica a decisão, mediante mensagem, ao Chefe do Poder Executivo (REZEK, 1984, p. 333).

A partir da Constituição de 1946, abolindo a grande imprecisão existente no emprego desse termo, fixou-se, nos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, o uso da expressão *decreto legislativo* para denominar aqueles atos da competência exclusiva do Poder legislativo, ou seja, aqueles atos não sujeitos à sanção presidencial (SAMPAIO, 1968, p. 54-55).

O decreto legislativo, assim, é espécie normativa aprovada pelo Legislativo sobre matéria de sua exclusiva competência (CF, art. 49), como a aprovação de tratados internacionais, o julgamento das contas do Presidente da República, ou ainda sobre assuntos de seu interesse interno (MAZZUOLI, 2000, p.73). Um único decreto pode, inclusive, aprovar mais de um tratado; mas, se o tratado anteriormente aprovado e devidamente ratificado fora posteriormente denunciado, *novo* decreto legislativo se fará necessário em caso de nova aprovação do mesmo tratado (REZEK, 1984, p. 334).

Sendo ele da competência exclusiva do Congresso Nacional, não está, por isso, sujeito à sanção presidencial, sujeitando-se apenas à promulgação do Presidente do Senado Federal (BASTOS, 1994, p. 362). Aliás, são óbvios – no dizer de Francisco Campos – os motivos pelos quais a Constituição não faz depender da sanção do Presidente da República as resoluções votadas pelo Poder Legislativo. A inutilidade da sanção do Presidente da República ou a sua inconveniência pode decorrer do fato de já haver ele manifestado sobre determinadas matérias seu acordo, ou por constituírem as mesmas apenas uma aprovação a atos já praticados pelo Presidente da República, ou, então, por se tratar de resoluções que se limitam a conceder ao Presidente da República uma autorização por ele próprio solici-

tada ao Poder Legislativo (CAMPOS, 1956, p. 308).

Enfim, no que diz respeito ao Estado brasileiro, os tratados, acordos e convenções internacionais, para que sejam incorporados ao ordenamento interno, *necessitam* de prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo.

A competência *ad referendum* do Congresso, esclareça-se, limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional tão-somente, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo. Não comporta, pois, emendas (MAZZUOLI, 2000, p. 74). Concorrando o Congresso com a assinatura do tratado internacional, por meio do decreto legislativo, dá-se “carta branca” ao Presidente da República para ratificar a assinatura já depositada, ou mesmo aderir se já não o tenha feito (LENZA, 1998, p. 106).

A aprovação parlamentar pode ser *retratada*, desde que não tenha sido, ainda, o tratado ratificado pelo Presidente da República. Se o tratado ainda não se encontra ratificado, é dizer, se ainda não houve o comprometimento da Nação no cenário internacional (não importando saber se o tratado já entrou em vigor, internacionalmente, ou não), o Congresso, por decreto legislativo mesmo, pode revogar igual diploma que tenha anteriormente aprovado o acordo⁸. (REZEK, 1984, p. 335-336).

Apesar de estar o *decreto legislativo* entre as espécies normativas do art. 59 da Constituição, ou seja, sem embargo de estar compreendido no processo legislativo, “não tem ele o condão de transformar o acordo *assinado* pelo Executivo em norma a ser observada, quer na órbita interna, quer na internacional”⁹. Tal fato somente irá ocorrer com a posterior ratificação e promulgação do texto do tratado pelo Chefe do Poder Executivo, o que o faz por meio de decreto. É que, dando a Carta ao Presidente da República a competência privativa para celebrar tratados, e sendo ele o representante do Estado na órbita internacional, sua também deverá

ser a última palavra em matéria de ratificação. A manifestação do Congresso Nacional só ganha foros de definitividade quando *desaprova* o texto do tratado anteriormente assinado pelo Chefe do Executivo, “quando, então, o Presidente da República estará impedido de concluir o acordo, ratificando-o”¹⁰.

Esse sistema de aprovação congressional aos tratados internacionais, aliás, foi adotado em inúmeros países do continente americano (cf. Const. argentina, art. 75, inc. 22; Const. da Venezuela, art. 154; Const. de El Salvador, art. 131, nº 7; Const. da Guatemala, art. 171; Const. da República Oriental do Uruguai, art. 168, nº 20; Const. chilena, art. 50, nº 1; Const. da Colômbia, art. 164; Const. paraguaia, art. 141). No Uruguai, *v.g.*, competia à Assembléia-Geral (Congresso) aprovar e reprovar, por maioria absoluta, os tratados celebrados pelo Poder Executivo (cf. art. 85, 7º c/c art. 168, nº 20, da Const. de 1967: “A competência para concluir e firmar tratados é do Presidente da República atuando com o Ministro das Relações Exteriores ou com o Conselho de Ministros, necessitando, para sua ratificação, de aprovação pelo Poder Legislativo”). A soberania legislativa uruguaia, lembre-se, ganhou ênfase no art. 4º de sua Constituição, *verbis*: “*La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará*”. Interessante, a respeito da aprovação congressional, é o art. 164 da Constituição colombiana de 1991, reformada em 1997, que dispõe: “*El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno*”

Para alguns autores (como *v.g.* Paul Fauchille e Dionisio Anzilotti, na doutrina alienígena, e Pedro Calmon e Hildebrando Accioly, no Brasil), o tratado apenas *assinado* é tão-somente um “projeto de tratado”, se não foi devidamente aprovado por uma resolução legislativa promulgada pelo presidente do Senado¹¹. Essa doutrina é, entretanto, contestada por Pontes de Mi-

randa, para quem o tratado assinado já é tratado, muito embora ainda dependa de ratificação e de aprovação congressional, se essa é exigida pelo direito interno do país (p. 330). Para o tratadista pátrio, o tratado internacional assinado, que prescinde de aprovação do Congresso Nacional, *existe*, mas antes de ser aprovado não entra no mundo jurídico como negócio jurídico *perfeito* (p. 336).

Em suma, ao Legislativo

“é atribuída a incumbência de examinar, uma vez consumada a celebração do ato pelo Presidente, se tal decisão pode ser mantida, em nome do interesse nacional. A harmônica coordenação entre os Poderes Legislativo e Executivo da União, nesse assunto, decorre de preceito constitucional inscrito no art. 21, I, segundo o qual compete à União ‘manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais’” (MARTINS, 1996, p. 264).

E isso constitui tendência característica das Constituições contemporâneas, em que “a constitucionalidade da ratificação *lato sensu* (ratificação pelo Poder Executivo + aprovação pelo Poder Legislativo) é indispensável” (MIRANDA, 1987, p. 334). Como se percebe, por conseguinte, estamos diante de um procedimento complexo dos Poderes da União, em que, para a formalização dos tratados, participam sempre o Legislativo e o Executivo (GOMES, 1994). Sem a participação desses dois Poderes, a realização do ato não se completa, no que se pode dizer que foi adotada pela Constituição de 1988, seguindo a tradição constitucional anterior, a *teoria dos atos complexos*, mais adequada, nesse tema, aos princípios de direito público e ao regime democrático¹².

O judiciário, nesse processo, só atua depois de devidamente incorporado em nosso ordenamento o tratado internacional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, julgar, mediante *recurso extraordinário*, as causas

decididas em única ou última instância, “quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (CF, art. 102, III, b)¹³. Ao Superior Tribunal de Justiça, a Carta de 1988, por sua vez, atribui a competência para julgar, mediante *recurso especial*, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, “quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Por fim, diz o art. 109 da Constituição competir aos juízes federais processar e julgar (...) “as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional” (inc. III), bem como “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (inc. V)¹⁴.

Tudo o que não pode o Presidente da República fazer é manifestar definitivamente o consentimento sem o “abono” do Congresso Nacional¹⁵. (REZEK, 1996, p. 69). Embora ele seja o titular da dinâmica das relações internacionais, cabendo-lhe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar negociações, como a de ratificar o ato internacional já concluído, o abono do Poder Legislativo, sob a forma de aprovação congressual, o que o faz mediante *decreto legislativo*, é, via de regra, necessário. Antes de submetido o tratado internacional à aprovação do Congresso, os poderes que têm os Embaixadores, ordinário e extraordinários, e os Ministros Plenipotenciários, são apenas o de empenhar o ato do Poder Executivo e não o de criar a obrigação de ser mantido o que foi assinado (PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 105). Esse abono parlamentar, contudo, como ensina o Ministro Francisco Rezek,

“não o *obriga* à ratificação. Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos

dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é *necessária*, porém não *suficiente*” [grifos do original] (1996, p. 69).

Nesse mesmo sentido, a lição de Mirtô Fraga:

“Com a simples concordância do Congresso, completa-se, apenas, uma das fases de sua elaboração. O decreto legislativo é autorização ao Executivo para *concluir* o acordo e é a aquisição do Congresso à matéria nele contida. (...) O decreto-legislativo, sem o decreto de promulgação do Presidente da República, após as demais formalidades, nenhum valor normativo possui, nesse caso, segundo a corrente dominante no Brasil. Não é necessário que o Poder Legislativo elabore novo ato, uma lei, repetindo o texto do tratado para que ele passe a ter vigência na ordem interna. De acordo com a técnica, no Brasil, basta o decreto do chefe do Poder Executivo promulgando o tratado” (p. 68-69).

Para Pontes de Miranda,

“o Presidente da República pode pedir a *aprovação* antes da *ratificação* perante o Estado ou os Estados contratantes, como pode *ratificar*, frisando que depende de aprovação do Congresso Nacional. Aliás, se não o diz, é isso que se há de entender, porque todos os Estados devem conhecer as Constituições dos Estados com que concluem tratados, convenções ou acórdos” (1987, p. 108).

Como se depreende da lição de Louis Henkin, o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão da sistemática de *checks and balances*. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Poder Executivo, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder (1990, p. 69).

2.3 O papel do Congresso Nacional no processo de celebração de tratados

Há muita confusão, por parte da doutrina, em relação ao verdadeiro papel do Congresso Nacional no procedimento de celebração de tratados internacionais, em grande parte causada por má interpretação constitucional.

Diz a Carta de 1988 competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I). E, a partir desse dispositivo, grande parte da doutrina leciona, primeiro, no sentido de que o Congresso *ratifica* tratados internacionais e, segundo, no de que somente os tratados “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” devem passar pelo crivo do parlamento.

O equívoco, entretanto, é tamanho. A interpretação do que vem a ser “resolver definitivamente” e do que se considera “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, no que diz respeito ao papel do Congresso no processo de aprovação de tratados, deve ser cotejada com a competência do Chefe do Executivo para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais”, estabelecida pelo inc. VIII do art. 84 da Carta de 1988.

Habilitado a *ratificar* tratados internacionais está somente o Chefe do Executivo e mais ninguém. É sua, nessa sede, a última palavra. Ao Parlamento incumbe *aprovar* ou *rejeitar* o tratado assinado pelo Executivo, mais nada (MAZZUOLLI, 2000, p. 76-77). A expressão “resolver definitivamente sobre tratados”, assim, deve ser entendida em termos, não se podendo dar a ela significado acima de seu real alcance (FRAGA, p. 56-57). E isso porque “resolver definitivamente”, no sistema brasileiro, não significa ratificação, que é ato próprio do Chefe do Executivo, responsável pela dinâmica das relações internacionais, a quem cabe deci-

dir tanto sobre a conveniência de iniciar as negociações, como a de ratificar o ato internacional já concluído. Por conseguinte, incumbe ao Parlamento *aprovar ou não* os tratados submetidos à sua apreciação, e ao Chefe do Executivo *ratificá-los*, se aprovados pelo Congresso.

O Congresso Nacional, por conseguinte, só resolve *definitivamente* sobre os tratados quando *rejeita* o acordo, ficando o executivo, nesse caso, impedido de ratificá-lo (MEDEIROS, p. 118). Em caso de aprovação, quem resolve de modo definitivo é o Chefe do Executivo, ao ratificar ou não o tratado.

Por esse motivo, a expressão *resolver definitivamente*, que, de resto, vem-se mantendo até hoje nas Constituições brasileiras, tem sido considerada das mais impróprias entre as que respeitam à matéria. Cachapuz de Medeiros julgou-a como “a mais inadequada, posto que a decisão efetivamente definitiva incumbe ao Presidente da República, que pode ou não ratificar os tratados internacionais, depois destes terem sido aprovados pelo Congresso” (1995, p. 18).

A manifestação do Congresso Nacional, assim, só ganha foros de definitividade quando *desaprova* o texto do tratado anteriormente assinado, quando, então, o Presidente da República estará impedido de levar a efeito a ratificação (FRAGA, p. 57). Mas, se aprovou o tratado submetido à sua apreciação, a última palavra é do Chefe do Executivo que tem a discricionariedade de ratificá-lo ou não, segundo o que julgar mais conveniente.

O engano de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a esse respeito, é flagrante quando afirma que: “(...) convém que a representação nacional seja ouvida, dizendo a última palavra. E verdadeiramente a última palavra, já que, após a manifestação do Congresso, não cabe mais qualquer intervenção do Executivo” (1997, p. 296-297).

Ora, afirmar que depois da manifestação do Congresso não cabe mais qualquer intervenção do Executivo significa dizer que

o tratado assinado jamais será ratificado e promulgado. Se assim fosse, não se teria a formação de negócio jurídico perfeito. Sem a ratificação, que é ato privativo do Chefe do Executivo, o tratado nunca vigorará, quer interna, quer externamente. Sem a confirmação às outras partes contratantes do propósito do País em aderir a todo o pactuado, não existe tratado válido a obrigar a Nação. De sorte que a *última palavra*, em matéria de celebração de tratados, é do Presidente da República e não do Congresso Nacional.

O Prof. José Cretella Júnior, depois de assinalar que “é da má tradição de nosso direito empregar como sinônimos perfeitos as expressões competência privativa e competência exclusiva”, critica o vocábulo “resolver” de que se valeu o legislador constituinte à falta de sua tecnicidade, posto que “resolver e dispor” configuram-se termos genéricos, estranhos à terminologia técnica do direito público (1992, p. 2. 532).

Por isso, é bom que se esclareça, em definitivo, que o Congresso Nacional *não ratifica* nenhum tipo de ato internacional. Em verdade, por meio de decreto legislativo, o nosso parlamento federal *autoriza* a ratificação, que é ato próprio do Chefe do Poder Executivo, a quem compete privativamente, nos termos da Constituição da República (art. 84, VIII), celebrar acordos internacionais¹⁶ (DALLARI, 1997, p. 31). É dizer, o Congresso Nacional apenas aprova ou não o texto convencional – fazendo-o por meio de decreto legislativo –, de forma que a aprovação dada pelo Poder Legislativo, em relação ao tratado, não tem o condão de torná-lo obrigatório, pois o Presidente da República, após isso, pode ou não, segundo o que for mais conveniente aos interesses da Nação, ratificá-lo¹⁷.

A Constituição da República de El Salvador, de 1982, parece confundir-se a esse respeito, quando estabelece no seu art. 131 (7) que compete à Assembléia Legislativa “*ratificar* os tratados e pactos celebrados pelo Executivo com outros Estados ou organismos internacionais, ou denegar sua rati-

ficação”. Quer nos parecer, s.m.j., que, entre as Constituições do continente americano, esta é a única a fazer confusão a respeito do assunto, impropriamente chamando de *ratificação* ou que deveria chamar de *aprovação*¹⁸. Correta, a esse respeito, está a Carta da República da Guatemala de 1985, que, no seu art. 171 (letra l), dispõe competir ao Congresso Nacional “aprovar, *antes* de sua ratificação, convênios ou qualquer acordo internacional”, nas matérias que especifica, bem como a Constituição da República da Venezuela, que, no seu art. 154, estabelece que os tratados celebrados pela República

“deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional”.

No mesmo sentido a Constituição da República Oriental do Uruguai, de 1997, art. 168, alínea 20: “*Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo*”; e também, a Constituição chilena, de 1980 (com as reformas de 1997), art. 50 (1): “*Son atribuciones exclusivas del Congreso (...) aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley*”.

Em parecer dado como Consultor Jurídico do Itamaraty, sob a égide da Constituição de 1946, Hildebrando Accioly, a esse respeito, analisou, tanto no aspecto do direito internacional, como no do direito interno (ou constitucional), a questão da facultade do Presidente da República de ratificar ou não tratados, e o fez nestes termos: 1) Sob o aspecto do direito internacional,

“é princípio corrente, já consignado até em convenção internacional (art. 7º da Convenção de Havana, de 1928), que a ratificação de um tratado pode ser livremente recusada por qualquer de suas partes contratantes. Realmente, ou se considere a ratificação como a confirmação explícita, dada pela autoridade competente do Estado, do ato assinado por seu representante, ou se considere, como quer Anzilotti, como a verdadeira declaração da vontade de estipular – é sabido que ela não constitui mera formalidade, sem importância, e que cada parte contratante tem a plena liberdade de a dar ou de a recusar. A assinatura ou acordo dos plenipotenciários é apenas – conforme escrevi em meu *Tratado de Direito Internacional Público* – um primeiro ato, após o qual os órgãos competentes do Estado vão apreciar a importância e os efeitos ou consequências do tratado. Essa apreciação, entre nós, cabe em parte ao Poder Legislativo, mas não pode deixar de caber igualmente ao Poder Executivo ou, antes, ao Presidente da República, que é o órgão ao qual incumbe a representação do Estado e aquele a quem compete manter as relações do país com os Estados estrangeiros. Dessa apreciação pode resultar a confirmação ou a rejeição do tratado. Internacionalmente, a primeira hipótese é representada pela ratificação, expressa pelo Presidente da República. Pouco importa para a outra ou as outras partes contratantes que um dos órgãos do Estado (no caso, o Poder Legislativo) já tenha dado sua aquiescência ao tratado. O que vale é que o Poder representativo do Estado, ou seja, o Executivo, o ratifique. Assim, a potência ou potências estrangeiras não têm propriamente que indagar se já se verificou ou não a aprovação do ato pelo Congresso Nacional: o que lhe ou lhes

importa é a ratificação pelo Chefe do Estado; 2) Do ponto de vista constitucional, não vejo onde exista a obrigação de o Poder Executivo ratificar um tratado, como consequência necessária da aprovação do mesmo pelo Congresso Nacional. É verdade que a Constituição Federal, em seu art. 66, nº 1 [hoje, art. 49, I, da Carta de 1988], declara ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República. Parece-me, porém, que essa estipulação deve ser entendida no sentido de que o tratado – celebrado como deve ser, pelo Presidente da República (por meio de delegado seu) – não está completo, não pode ser definitivo, sem a aprovação do Congresso Nacional. Aquela expressão significa, pois, que o tratado celebrado pelo Poder Executivo não pode ser confirmado ou entrar em vigor sem a aprovação do Congresso Nacional: mas não quererá dizer que essa aprovação obrigue o Presidente da República a confirmar o tratado. E não quererá dizer isso não só porque seria, então, desnecessária a ratificação, mas também porque o órgão das relações exteriores do Estado, aquele a quem compete privativamente manter relações com Estados estrangeiros, é o Presidente da República – que, por isso mesmo, se acha mais habilitado, do que o Congresso, a saber se as circunstâncias aconselham ou não o uso da faculdade da ratificação. Por outro lado, essa interpretação lógica é confirmada implicitamente por outra disposição da Constituição Federal. De fato, determina esta, em seu art. 37, nº VII [hoje, art. 84, VIII, da Carta de 1988], que ao Presidente da República compete privativamente celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do

Congresso Nacional; donde se deve concluir que o papel do Congresso, no caso, é apenas o de aprovar ou rejeitar o ato internacional em apreço – isto é, autorizar ou não a sua ratificação, ou seja resolver definitivamente sobre o dito ato. Assim, o Presidente da República assina o tratado, por delegação seu, mediante uma condição: a de submeter ao Congresso nacional o texto assinado. Depois do exame pelo Congresso, estará o Presidente habilitado, ou não, a confirmar ou ratificar o ato em causa. A rejeição pelo congresso impede a ratificação; a aprovação permite-a, mas não a torna obrigatória”¹⁹.

Grande parte da doutrina nacional, infelizmente, parece não ter compreendido bem essa matéria. Grande parte dela ainda insiste em dizer que o Congresso Nacional *ratifica* tratados internacionais. É mister deixar claro que *aprovação* congressual é uma coisa e *ratificação* pelo Presidente da República é outra bem diferente. Por isso, não assiste razão a Themistocles Brandão Cavalcanti, para quem a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional “consiste na chamada *ratificação*, admitindo-se, portanto, implicitamente, que a conclusão do tratado ou convenção não escapa à competência do outro poder” [grifo nosso]²⁰ (1956, p. 120). O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, da mesma forma, impropriamente leciona que “em face do direito pátrio, a vontade do Estado brasileiro relativamente a atos internacionais, inclusive a tratados e a convenções, surge de um ato complexo onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os *ratifica*” [grifo nosso] (1997, p. 296). Da mesma forma, equivocada é a lição de Amauri Mascaro Nascimento, para quem “as convenções internacionais aprovadas pela Organização Internacional do Trabalho são submetidas à *ratificação* do Congresso nacional” (1997, p. 131), bem como a de Alexandre de Moraes, para quem

“os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de convenções, atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente *ratificados* pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art. 5º § 2º), não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição...” [grifos nossos] (2000, p. 304).

Por fim, Carlos Weis, seguindo a mesma trilha, chega a afirmar que a inclusão do tratado na ordem jurídica interna “dá-se pela *ratificação*, pelo Congresso Nacional, do ato de adesão ao tratado, realizado internacionalmente pelo Poder Executivo” [grifo nosso]²¹ (1999, p. 26).

O equívoco da doutrina ainda é mais forte entre os tributaristas. Alguns deles, como Ives Gandra Martins, chegam mesmo a afirmar que não é o tratado ou convenção que produz efeitos internos, mas sim o Decreto Legislativo que os aprova²².

O Congresso Nacional – repita-se – *não ratifica tratados*. Quem os ratifica é o Chefe do Poder Executivo, é dizer, o Presidente da República. Sem esse ato presidencial, e *posterior* promulgação, não existe tratado válido a obrigar a Nação, quer internacionalmente (falta de ratificação), quer internamente (falta de promulgação, à exceção dos tratados de proteção dos direitos humanos, cuja aplicação é imediata desde a ratificação).

A lição do Prof. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros é tão clara a esse respeito que merece ser transcrita. Diz o insigne Professor:

“Os Parlamentos *não* ratificam tratados internacionais. Somente os examinam, autorizando ou não o Poder Executivo a comprometer o Estado.

“A ratificação, por conseguinte, é ato privativo do Chefe do Executivo, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir um tratado internacional.

“Assim, convém fique nítido que a aprovação dada pelo Poder Legislativo *não torna um tratado obrigatório*, pois o Executivo tem ainda a liberdade de ratificá-lo ou não, conforme julgar mais conveniente.

“Essa regra é universal, sendo entendimento unânime que a decisão de ratificar cabe ao mesmo Poder em nome do qual foram assinados os tratados.

“Alega-se, basicamente, que, passado algum tempo da assinatura do acordo internacional, podem ter mudado as circunstâncias políticas, e a nova conjuntura não recomendar mais o engajamento do Estado. (...)”

“Um tratado entra em vigor internacionalmente no instante em que os Estados signatários se comunicam reciprocamente a existência dos instrumentos de ratificação.

“Tal notificação dá-se de duas formas: troca ou depósito dos aludidos instrumentos.

“A troca ocorre, em geral, nos acordos bilaterais e o depósito nos multilaterais.

“Depois de ratificado devidamente, o ato internacional precisa ser *promulgado* pelo Presidente da República e só então se incorpora à nossa legislação interna.

“Para evitar confusões, convém frisar que essa promulgação pelo Executivo, através de decreto, incorporando o ato internacional à legislação interna, *não deve ser confundida com a promulgação da aprovação do ato internacional pelo Congresso*, que assume a forma de um decreto legislativo, firmado pelo Presidente do Senado” [grifos nossos] (1983, p. 133-134; 1995, p. 468-470).

Como salienta João Hermes Pereira de Araújo,

“o fato de ter sido o tratado aprovado por decreto legislativo não o exime da promulgação, uma vez que um ato aprovado poderá nunca entrar em vi-

gor, pois, se a aprovação legislativa condiciona a ratificação, não a torna obrigatória e, muito menos, pode ter efeito junto à outra parte contratante que, até o momento da troca de ratificações, é livre de o fazer”²³.

É também a lição de Luiz Flávio Gomes, para quem, só depois da aprovação do tratado pelo Congresso, na forma de decreto legislativo, é possível a sua ratificação (ou adesão). Mas a simples ratificação, entretanto, “não basta para a vigência do tratado, pois ainda é necessário sua promulgação por Decreto presidencial e publicação. Depois de publicado, o tratado tem intrinsecamente força normativa e revoga as disposições ordinárias em contrário” (GOMES, 1994).

O ordenamento brasileiro é integralmente ostensivo nessa sede, de forma que não pode ficar excluída a publicação do acervo normativo nacional, seja ele composto por tratados internacionais ou por produção doméstica (REZEK, 1984, p. 384). Vige, de resto, o *princípio da publicidade* também aqui, quando estão em jogo normas provenientes de tratados internacionais pelo País ratificados. Apenas aqui, faz-se a observação de que o que foi dito vige apenas em relação aos tratados internacionais *convencionais*, reguladores das relações recíprocas entre os Estados. Somente não vige o afirmado no que toca aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por terem aplicação imediata no ordenamento brasileiro (CF, art. 5º, § 1º).

Por fim, resta a análise da parte final do inciso I do art. 49 da Constituição de 1988. De fato, a Constituição complementa, nesse dispositivo, que os tratados, acordos ou atos internacionais, devem acarretar “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

À primeira vista, essa disposição nos leva à falsa impressão de que nem todos os tratados internacionais celebrados pelo executivo estariam sujeitos ao crivo da aprovação parlamentar, mas tão-somente os que acarretassem “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. E a dificul-

dade aumenta quando se sabe que a própria Carta em outro dispositivo (art. 84, VIII) disse competir ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos *todos* ao referendo do Congresso Nacional.

Qual seria a interpretação correta desses preceitos? Estariam aqueles tratados que não acarretam tais compromissos isentos de aprovação parlamentar?

Não é essa, ao que nos parece, a melhor exegese. A *antinomia* entre os artigos 49, I, e 84, VIII, da Carta de 1988, é apenas aparente²⁴. O art. 84, VIII, como já se disse, impõe que *todos* os tratados celebrados pelo Chefe do Executivo devem ser submetidos ao referendo do Congresso Nacional. E, com base nisso, deve-se interpretar o art. 49, I, da Constituição extensivamente, tendo em vista ter o legislador constituinte dito menos do que pretendia: *lex minus dixit quam voluit*. O desejo da Assembléia Constituinte, evidentemente, foi o de submeter *todos* os atos internacionais ao referendo do Poder Legislativo.

Por isso, estamos com o Prof. Cachapuz, que

“do ponto de vista histórico-teleológico, a conclusão só pode ser que o legislador constituinte desejou estabelecer a obrigatoriedade do assentimento do Congresso para [todos] os tratados internacionais, *dando ênfase* para aqueles que acarretam encargos, gravames, [ou] ônus financeiros, para o patrimônio nacional”.

De outra banda,

“do ponto de vista lógico-sistemático, há que considerar que os dispositivos em questão fazem parte do mesmo título da Constituição (Da Organização dos Poderes) e são como que as duas faces de uma mesma moeda: o artigo 84, VIII, confere ao Presidente da República o poder de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas especifica que estão *todos* sujeitos a referendo do Congresso Nacional; o artigo 49, I, destaca que os tratados, acor-

dos ou atos que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, precisam ser aprovados pelo Congresso” [grifos nossos] (1995, p. 397).

É o resultado que se extrai dos modernos métodos de interpretação.

Em suma,

“no direito brasileiro, dá a Constituição Federal competência privativa ao Presidente da República, para celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional (...). Por outro lado, tem o Congresso Nacional competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República (...). Assim, celebrado o tratado ou convenção por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e *promulgado* pelo Presidente da República, com a publicação do texto, em português no órgão de imprensa oficial, tem-se como *integrada* a norma da convenção internacional no direito interno”²⁵.

Mas frise-se que o que foi dito acima, no sentido de que, depois de devidamente ratificado, o tratado internacional *precisa ser promulgado* pelo Presidente da República para só então se *incorporar* à nossa legislação interna, não vigora quando o tratado ratificado é de proteção dos direitos humanos. Nesse caso *especial*, basta a *ratificação* para que o tratado internacional (protetivo dos direitos da pessoa humana – repita-se) passe a produzir seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, dispensando-se a edição de decreto executivo para tal.

3. Procedimento parlamentar: *etapas internas das Casas do Congresso Nacional*

O Congresso Nacional, para a apreciação da viabilidade de se aderir aos tratados,

segue algumas etapas que merecem ser analisadas.

No Legislativo, em primeiro lugar, ocorrerá a recepção da *mensagem* do Presidente da República, acompanhada da Exposição de Motivos (EM) do Ministro das Relações Exteriores, a ele endereçada, juntamente com o texto de inteiro teor do tratado internacional submetido à apreciação (MARTINS, 1996, p. 264 e REZEK, 1996, p. 69). Referida *mensagem* terá sua tramitação iniciada na Câmara dos Deputados, pois, por expressa determinação constitucional (art. 64), “a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República (...) terão início na Câmara dos Deputados”.

Assim, a matéria é discutida e votada separadamente, a começar, como se viu, pela Câmara dos Deputados. Somente se considerará aprovada pelo Congresso com aprovação de uma e outra de suas duas casas, de forma que uma “eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado em tais circunstâncias” (REZEK, 1996, p. 69).

Em plenário, ser-lhe-á dada a leitura, de modo a que, em obediência ao princípio da *publicidade*, tomem dela os Senhores Deputados conhecimento. Forma-se então um processo (que recebe a designação de “*Mensagem*”), com número próprio e que, por força do art. 32, X, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, será remetido à Comissão de Relações Exteriores. Essa Comissão, após o exame do texto do tratado por um relator designado entre seus integrantes, aprecia o relatório dando um parecer. Deve esse parecer apresentar um *projeto* de decreto legislativo, que será, ainda, submetido ao crivo da Comissão de Constituição, Justiça e Redação (art. 32, III, do Regimento Interno), à qual compete examinar os “aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões”. Aprovado o projeto pelas Comissões, será

ele submetido à votação em plenário. Aprovado o projeto, em turno único, terá ele sua redação final apresentada pela comissão de Constituição e Justiça (art. 32, III, *q*). Aprovada a redação final, passa o projeto, nos termos do art. 65 da Constituição²⁶, à apreciação do Senado Federal²⁷. Após lido e publicado o projeto, será ele despachado à comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, em que, de acordo com o que dispõe o Regimento Interno do Senado Federal (art. 103, I), é a Comissão competente para examinar as “proposições referentes aos atos e relações internacionais” e aos “assuntos referentes à Organização das Nações Unidas e entidades internacionais de qualquer natureza” (MARTINS, 1996, p. 264-271).

Em cada uma das Casas, é possível a apresentação de emendas aos projetos submetidos à apreciação. Essas emendas, frise-se, dizem respeito estritamente ao projeto de decreto legislativo, jamais ao texto dos tratados submetidos à apreciação, insuscetíveis de qualquer mudança²⁸. Entende-se, entretanto, que simples correções de forma, como algum ajuste redacional no texto, que não atinge o conteúdo do projeto, dispensa o retorno à Câmara para o reexame. Somente em se tratando de mudança de *mérito* é que o reexame fica obrigatório (CF, art. 65, parágrafo único) (MAZZUOLI, 2000, p. 80).

Estando concluído, no Senado, o exame na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, “o projeto fica pronto para ser incluído na ordem do dia do plenário. Aprovado em plenário, em turno único, sem emendas, fica dispensada a redação final e o texto do projeto de decreto legislativo é dado como definitivamente aprovado, seguindo à promulgação”, cuja prerrogativa é “do Presidente do Senado Federal, que é o [Presidente] do Congresso Nacional, conforme preceitua o art. 57, § 5º, da Constituição”²⁹. Promulgado o decreto, será o mesmo numerado (pela Secretaria Geral da Mesa do Senado) e publicado no *Diário do Congresso Nacional* e no *Diário Oficial da União*.

Em suma, formalizados os tratados pelos agentes diplomáticos, denominados plenipotenciários, que representam o Poder Executivo, tornam-se eles obrigatórios somente após *ratificados* pelo Presidente da República (chefe do Executivo). Mas, tal ratificação somente terá efeito depois de cumprida fase de apreciação e autorização pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo) (NERI).

A Constituição de 1988, contudo, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados, “traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita, ao não prever, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso o tratado por ele assinado (emblemático é o caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que foi assinada em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso apenas em 1992). Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso aprecie o tratado assinado e nem mesmo previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso” (PIOVESAN, 1998, p. 71).

O art. 47, parágrafo único, da Constituição de 1967 fixava prazo de quinze dias para que o Poder Executivo enviasse ao Congresso Nacional qualquer tratado, convenção ou acordo internacional. A emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, retirou o parágrafo único do art. 47 (correspondente ao art. 44 da Carta emendada). Segundo a lição de Pontes de Miranda, “nenhuma razão justifica que o Poder Executivo não envie [ao Congresso Nacional], desde logo, após a assinatura pelo Presidente da República, ou após a assinatura em ratificação, o tratado (senso estrito), a convenção ou o acôrdo” (1987, p. 114).

Ademais, à exceção dos tratados de direitos humanos, o texto constitucional de 1988 em nenhum de seus dispositivos estatuiu, de forma clara, qual a posição hierárquica do direito internacional perante o direito interno brasileiro³⁰. A Carta de 1988, assim, infensa à importância da questão e fazendo tábula rasa dos trabalhos da Assembléia Constituinte, preferiu, nas pala-

bras de Grandino Rodas, “passar ao largo do problema” (1991, p. 53-54).

Sem embargo do número excessivamente alto de Constituições que regeram o País, em 178 anos de independência, inobstante a baixa média da sua vigência (sobretudo se se reportar apenas ao período republicano), o que se verifica é “que pouca, ou nenhuma, foi a evolução, no que respeita ao disciplinamento das relações entre o direito interno e o Direito Internacional, permanecendo, hoje, situação quase idêntica à de 1891” (FRAGA, 1998, p. 47). A solução para o conflito entre tratados internacionais e leis internas, em face da ausência de dispositivos constitucionais que garantam unidade e coerência à ordem jurídica estatal, fica assim, no mais das vezes, comprometida. Dessa forma, não havendo menção *expressa* ao sistema adotado para a incorporação de tratados (*monista* ou *dualista*), controversa fica a questão de se saber se tais tratados se incorporam automaticamente em nosso ordenamento ou, ao contrário, se é necessária a edição de decreto de execução materializando seus efeitos no plano interno³¹.

4. Procedimento brasileiro para a entrada em vigor dos tratados

Promulgado o *decreto legislativo* pelo Presidente do Senado Federal e publicado o mesmo tanto no *Diário do Congresso Nacional* como no *Diário Oficial da União*, iniciam-se os procedimentos cabíveis para a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico pátrio.

A entrada em vigor dos *atos bilaterais* pode-se dar tanto pela *troca de informações* como pela *troca de cartas de ratificação*.

Quando a entrada em vigor é feita pela primeira modalidade, pode-se passar, de imediato, nota à Embaixada da outra parte acreditada junto ao Governo brasileiro. Não existindo em território nacional Embaixada da outra parte, a nota é passada pela Embaixada do Brasil acreditada junto à outra parte. Em último caso, a notificação é passada pela

Missão brasileira junto à ONU à Missão da outra parte contratante.

Caso a entrada em vigor se dê por troca de *instrumentos de ramificação*, aguarda-se a conclusão dos trâmites internos de aprovação por ambas as partes, para somente então se realizar a cerimônia da troca dos respectivos instrumentos. Uma ata ou protocolo, consignando-se a troca dos instrumentos, é lavrado em dois exemplares, nos respectivos idiomas dos dois contratantes ou num terceiro (geralmente, o francês), assinado e selado pelos plenipotenciários especialmente designados para a troca (ACCIO-LY, 1998, p. 31).

A entrada em vigor dos *atos multilaterais*, por sua vez, exige um procedimento um pouco mais complexo. Nesse caso, publicado o decreto legislativo, para que o ato multilateral entre em vigor internamente no Brasil, é necessário seja ele *ratificado*. Ou seja, após a assinatura do tratado, e posterior aprovação pelo Congresso Nacional, requer-se seja *depositado* o instrumento de ratificação, da parte brasileira, junto ao Governo ou organismo internacional responsável pelas funções de depositário³². Pode ocorrer, após isso, que se tenha de aguardar algum decurso de prazo, caso haja estipulação nesse sentido, para que o ato possa, a partir do término do mesmo, começar a produzir seus efeitos internamente.

Depositado o instrumento de ratificação junto ao Governo ou organismo responsável pelas funções de depositário, a prática brasileira, seguindo a tradição lusitana, tem exigido deva o Presidente da República, a quem a Constituição dá competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII), expedir um *decreto de execução*, promulgando e publicando no *Diário Oficial da União* o conteúdo dos tratados, materializando-os, assim, internamente.

A promulgação e a publicação, no sistema brasileiro, compõe a fase integratória da eficácia da lei, vez que atesta a sua adoção pelo Poder Legislativo, certifica a existência

de seu texto e afirma, finalmente, seu valor imperativo e executório.

A partir da publicação, passa o tratado a integrar o acervo normativo nacional, “habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário” (REZEK, 1984, p. 385).

No Brasil, *promulgam-se* todos os tratados aprovados pelo Congresso Nacional, valendo como ato de publicidade. *Publicam-se* apenas, no *Diário Oficial da União*, aqueles que prescindiram de referendo parlamentar e de ratificação do Presidente da República, a exemplo dos “acordos executivos”, cuja publicação no Diário Oficial é autorizada pelo Ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty (REZEK, 1984, p. 385, 387).

Frise-se que nenhuma das Constituições brasileiras jamais trouxe, taxativamente, dispositivo expresso determinando esse procedimento (MAZUOLI, 2000, p. 155). Segundo Kelsen, o direito internacional só necessita de transformação em direito interno quando essa necessidade é formulada pela Constituição. Se a Carta Magna silencia a respeito, os tribunais nacionais estão aptos a aplicar, imediatamente, os tratados celebrados, a partir da ratificação. Nesse caso, seria supérflua a promulgação, em virtude de inexistência de mandamento constitucional regulador da matéria (1990, p. 367).

Para alguns autores, como Rezek, o decreto de promulgação é produto da *praxe*, tão antiga quanto a independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um *decreto* tão-somente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome, e por mais nenhum outro motivo (1984, p. 385-386). Outros entendem, entretanto, que a promulgação de tratados internacionais decorre do comando constitucional do art. 84, que diz competir privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução (inc. IV), emprestando-se ao vocábulo *lei* sentido mais amplo, de for-

ma a entendê-lo como *fonte positiva do direito*. É a posição de Mirtô Fraga, para quem as Constituições brasileiras, quando se referem à promulgação de *lei*, fazem-no dando ao vocábulo *sentido amplo*, que, em alguns casos, não se completa com a sanção presidencial. Cita a autora o § 6º do art. 59 da Carta revogada em que se expressava que, “nos casos do artigo 44, após a aprovação final, a *lei* será promulgada pelo Presidente do Senado Federal”, concluindo que, referindo-se o art. 44 à matéria de competência *exclusiva* do Congresso Nacional e não comportando sanção ou veto, é porque, em consequência, não se trata de lei em sentido estrito (Op. cit. p. 63).

Constituição brasileira da 1988, nesse tema, consagra o princípio da legalidade, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II), dizendo, ainda, competir privativamente ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” (art. 84, IV).

Dessa forma, nada mais é o *decreto de execução* do que “o atestado de existência de uma regra jurídica, regularmente concluída, em obediência ao processo específico, instituído na Lei Maior” (FRAGA, Op. cit., p. 63-64). Sem embargo de terem as nossas Constituições silenciado a respeito da promulgação de tratados, tal prática, como lembra Marotta Rangel, tem persistido entre nós desde o Império e, a rigor, desde a celebração do primeiro ato internacional pelo nosso País celebrado³³.

A promulgação tem por finalidade, pois, atestar que o ato internacional já existe e que foram cumpridas todas as formalidades internas para sua celebração. Indica, ademais que o compromisso internacionalmente firmado já é juridicamente exigível, obrigando a todos sua observância.

A Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais de 1928, ainda em vigor no Brasil, estabelece no seu art. 4º que os trata-

dos “serão publicados *imediatamente* depois da troca das ratificações”, mas acrescenta que “a omissão no cumprimento desta obrigação internacional *não prejudicará* a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações nele contidas”.

A promulgação não integra o processo legislativo³⁴. Ao contrário: o que se promulga já é lei. Dessa sorte, é errôneo afirmar-se que

“o tratado promulgado por decreto do Executivo deixa, no âmbito interno do Estado, de ser Direito Internacional, para ser disposição legislativa interna. O que acontece é o seguinte: assinado o tratado, aprovado pelo legislativo, ratificado pelo Executivo, ele passa, conforme o que se estabeleceu no seu próprio texto, a vigorar na órbita internacional. Os indivíduos, porém, para acatá-lo e os Tribunais para aplicá-lo precisam ter conhecimento de que ele existe. Pela promulgação, o Chefe do Poder Executivo apenas declara, atesta, solenemente, que foram cumpridas as formalidades exigidas para que o ato normativo se completasse” (FRAGA, Op. cit., p. 63-64).

Mas, para que a norma jurídica se considere efetivamente promulgada, é indispensável sua publicação, dando conhecimento à população de sua existência. De sorte que, como só é obrigatória a norma que se conhece (e a publicação faz presumir esse conhecimento), o tratado aprovado somente será obrigatório a partir da inserção da norma promulgada no *Diário oficial da União*, contendo em apenso o texto do tratado³⁷. Com a publicação do tratado, busca-se, assim, dar publicidade de seu conteúdo a todos os nacionais do País e fixar seu início de vigência. Quando silentes a esse último propósito, fazem operar o comando do art. 1º da Lei de Introdução do Código Civil, que dá quarenta e cinco dias de prazo para o início dessa vigência (REZEK, 1984, p. 386).

Esse procedimento é regulado no Brasil pelo Decreto nº 96.671/88, que assim estabelece nos arts. 1º, 2º e 3º:

“Artigo 1º. Incumbe ao Poder Executivo, através do Departamento de Imprensa Nacional do Ministério da Justiça, a publicação:

I – das leis e dos demais atos resultantes do processo legislativo previsto na Constituição;

II – dos tratados, convenções e outros atos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional;

(..)

Artigo 2º. O Departamento de Imprensa Nacional do Ministério da Justiça exerce as suas funções de publicar atos e documentos oficiais por meio dos seguintes órgãos:

I – Diário Oficial;

II – Diário da Justiça;

(..)

Artigo 3º. São obrigatoriamente publicados, na íntegra, no Diário Oficial:

I – as leis e os demais atos resultantes do processo legislativo previsto na Constituição;

II – os tratados, convenções e outros atos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e os respectivos decretos de promulgação; (...).”

Como afirmara Rousseau, o tratado é obrigatório, em virtude da ratificação; executivo, em face da promulgação; e aplicável, em consequência da publicação³⁶. Mas, esclareça-se que todas essas providências não têm o condão de transformar o direito internacional em direito interno. Um tratado devidamente promulgado e publicado continua sendo norma de direito internacional. É dizer, as normas contidas no tratado promulgado continuam sendo normas de *direito das gentes* e não de direito interno, sendo desnecessária uma segunda intermediação legislativa dispondo, numa outra norma, sobre a matéria constante do tratado. Os tratados – explica Rezek – “vigem internamente com sua roupagem original de *tratados*, e nessa qualidade, e sob esse exato título, revogam direito anterior de pro-

dução interna, tal como faria uma lei ordinária superveniente” (1984, p. 383).

A participação do Congresso no processo de conclusão de tratados internacionais é uma só: aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra. Após ratificado e promulgado pelo Presidente da República, o tratado internacional continua sendo norma de direito internacional aplicável internamente. Não passa, com a promulgação, a ser norma de direito interno. Daí por que as nossas Constituições sempre se referiram à aplicação do *tratado* pelos tribunais (FRAGA, Op. cit., p. 64-65).

Assim é que o art. 102, III, *b*, da Carta Magna de 1988, como já visto, diz competir ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de *tratado* ou lei federal, da mesma forma o fazendo com o Superior Tribunal de Justiça, quando lhe atribui a competência para julgar, mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida contrariar *tratado* ou lei federal, ou negar-lhes vigência. Tratam-se de normas que consagram a plena vigência dos tratados independentemente de lei especial. Como bem disse o então Ministro do STF, Oswaldo Trigueiro, ainda sob a égide da Carta Constitucional anterior,

“se essa vigência dependesse de lei, a referência do tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negatividade de vigência do tratado, exibido, para a validade deste, a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto da legislação interna”³⁷.

O decreto executivo, assinado pelo Presidente da República, é ainda referendado pelo Ministro das Relações Exteriores e acompanhado de cópia do texto do ato. A partir

de então, tem o tratado plena vigência na ordem interna, devendo, por isso, ser obedecido tanto pelos particulares, como pelos juízes e tribunais nacionais.

Esclareça-se, mais uma vez, que a referência à necessidade de ser o tratado internacional *promulgado* pelo Presidente da República, após ratificado, para só então se incorporar à nossa legislação interna está correta apenas no que diz respeito aos tratados internacionais de cunho *tradicional* ou *comum*, pois, quanto aos tratados de proteção dos direitos humanos, referido *decreto executivo* é dispensável, visto que tais tratados têm *aplicação imediata* em nosso ordenamento (MAZZUOLI, 2000, p. 109).

Conclusão

No que diz respeito ao Estado brasileiro, os tratados, acordos e convenções internacionais, para que sejam incorporados ao ordenamento interno, *necessitam* de prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo. A vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados internacionais.

Enquanto cabe ao Executivo presidir a política externa, ao Legislativo cumpre exercer o controle dos atos executivos, uma vez que àquele incumbe a defesa da nação no cenário internacional.

O Congresso Nacional, por meio da elaboração de *decreto legislativo*, materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. O decreto legislativo é espécie normativa aprovada pelo Legislativo sobre matéria de sua exclusiva competência. Um único decreto pode, inclusive, aprovar mais de um tratado. Sendo ele da competência exclusiva do Congresso Nacional, não está, por isso, sujeito à sanção pre-

sidencial, sujeitando-se apenas à promulgação do Presidente do Senado Federal.

A competência *ad referendum* do Congresso limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional tão-somente, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo. Concordando o Congresso com a assinatura do tratado internacional, dá-se “carta branca” ao Presidente da República para ratificar a assinatura já depositada, ou mesmo aderir se já não o tenha feito. Sem a participação desses dois Poderes, a realização do ato não se completa, no que se pode dizer que foi adotada pela Constituição de 1988, nesse tema, seguindo a tradição das Cartas anteriores, a *teoria dos atos complexos*, mais adequada aos princípios de direito público.

O Congresso Nacional *não ratifica* tratado; na verdade, por meio de decreto legislativo, o nosso parlamento federal *autoriza* a ratificação, que é ato próprio do Poder Executivo, a quem compete, nos termos da Constituição brasileira, celebrar tratados, convenções e atos internacionais. O Congresso apenas aprova ou não o texto convencional, de forma que a aprovação dada pelo Poder Legislativo, em relação ao tratado, não tem o condão de torná-lo obrigatório, pois o Presidente da República, após isso, pode ou não, segundo o que for mais conveniente aos interesses da Nação, ratificá-lo.

Depois de ratificado o tratado pelo Presidente da República, ainda é necessário seja o mesmo promulgado por Decreto presidencial e publicado. Depois de publicado, o tratado tem intrinsecamente força normativa e revoga as disposições ordinárias em contrário. Vigee, de resto, o *princípio da publicidade*.

Notas

¹ Cf. VALLADÃO, 1950, p. 95; RANGEL, 1965, p. 11; FRANCO, 1957, p. 257; PONTES de MIRANDA, 1946, p. 404; CAVALCANTI, 1952, p. 127; MAXIMILIANO, 1954, p. 242.

² Vide MEDEIROS, 1983, p. 76; RODAS, 1991, p. 29.

³ Corroboraram a tese de Valladão, escrevendo sob a égide do texto constitucional de 1946, Afonso Arinos de Melo Franco, Pontes de Miranda, Marotta Rangel e Themistocles Brandão Cavalcanti.

⁴ Vide Rodas, 1991, p. 33-37; Medeiros, 1995, p. 296.

⁵ Cf. “Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de acordo internacional”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, n. 49-50, p. 111, jan./dez. 1969.

⁶ Para Grandino Rodas: “Na Constituição em vigor não se inclui na competência da União, como antes se fazia, a celebração de tratados. Entretanto é de se ter a mesma como implícita, máxime face ao disposto no inc. I do art. 21” (*Op. cit.*, p. 43).

⁷ NERI. Cf. Paulo de Tarso (Coord.). *Prisão de depositário infiel: constitucionalidade*. Parecer elaborado pelo Grupo de Trabalho criado pela Portaria GPF (Gabinete da Procuradoria Fiscal) n. 28/98.

⁸ Segundo informa Rezek, temos um precedente a esse respeito. Trata-se do Decreto Legislativo nº 20, de 1962, que revogou o anterior Decreto Legislativo nº 13, de 6 de outubro de 1959, que aprovou o Acordo de Resgate, assinado em 1956 entre os Governos do Brasil e da França.

⁹ FRAGA, Mirtô. *Op. cit.*, p. 56. Precisa é a lição dessa mesma autora em relação aos decretos legislativos, *in verbis*: “Embora siga quase o mesmo processo destinado a gerar a lei, o decreto legislativo, que aprova o tratado, não pode ser a ela equiparado. A lei, em sentido estrito, é ato conjunto do Legislativo e do Executivo, isto é, exige a participação de ambos os Poderes, para converter-se em norma obrigatória depois de publicada. O decreto legislativo se distingue da lei pela matéria; por concluir-se com a aprovação, não sendo suscetível nem de sanção, nem de veto; por ser promulgado pelo Presidente do Senado (...)” (*Op. cit.*, p. 57-58).

¹⁰ FRAGA, Mirtô. *Idem*, p. 57.

¹¹ CALMON, 1956, p.156; ACCIOLY, 1998, p. 411. Nesse mesmo sentido: Funck-Brentano et Sorrel. *Précis du Droit des Gens*. Paris, 1877, p. 106, para quem “as convenções celebradas internacionalmente, antes de referendadas pelo parlamento, valem apenas como promessas”.

¹² Cf. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição federal comentada*, v. 2, 3. ed. Rio: José Konfino, 1956, p. 120; *Pareceres na consultoria geral da república*, p. 20; Beviláqua Clóvis, *Direito público internacional*, Tomo 2, p. 18.

¹³ As Constituições republicanas anteriores continham dispositivos semelhantes ao texto atual: Constituição de 1969, com a Emenda nº 1, art. 119, III, b; Constituição de 1967, art. 114, III, a; Constituição de 1946, art. 101, III, a; Constituição de

1937, art. 101, III, a; Constituição de 1934, art. 76, III, a; Constituição de 1891, art. 59, 2, § 1º, a.

¹⁴ Veja-se, a propósito, a lição de Mirtô Fraga: “A Constituição Imperial de 1824 nada dispunha sobre a aplicação de tratado pelo Poder Judiciário. Aliás, foi de todas as nossas Cartas a que menos referência fez aos atos internacionais. Ao imperador competia a representação do Estado, podendo celebrar tratados, que só, excepcionalmente, deveriam receber aprovação legislativa”. E continua: “A primeira Constituição Republicana, promulgada em 24.02.1891, outorgava competência ao Supremo Tribunal Federal para ‘julgar em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais’ (art. 59, 2), aos quais competia conhecer das ‘ações movidas por estrangeiros e fundadas (...) em convenções ou tratados da União com outras nações’ (art. 60, f). Ao Supremo Tribunal Federal competia, ainda, conhecer, do recurso interposto de sentença, em última instância, da justiça do Estado-Membro, quando se questionasse ‘sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado’ fosse ‘contra ela’ (art. 59, § 1º, a)” (*Op. cit.*, p. 48). As Constituições posteriores, apesar de pequenas modificações, seguiram orientação semelhante.

¹⁵ Nesse sentido, estabelece a Constituição francesa de 1791, Título III, Cap. II, Seção 1ª, art. 3º, que “só mediante ratificação e aprovação adquire eficácia o tratado”.

¹⁶ Nas palavras de Patrícia Ferreira Machado: “A aprovação legislativa é requisito de validade, é autorização ao Executivo para ratificar o tratado e é assentimento à matéria nele contida” (*A constituição e os tratados internacionais*, p. 17).

¹⁷ Clóvis Beviláqua, a esse respeito, assevera: “Em nossas relações de política internacional com a República Argentina, encontram-se vários exemplos de tratados não ratificados” (*Direito público internacional*, Tomo 2, p. 19). No mesmo sentido, a lição de Hildebrando Accioly, para quem: “A história diplomática do Brasil conhece vários casos de tratados não ratificados. Assim, por exemplo, o tratado de paz entre o Brasil e a República das Províncias Unidas do Rio da Prata, concluído no Rio de Janeiro a 24 de Maio de 1827, foi rejeitado pelo Governo de Buenos-Aires. Assim também, o tratado de aliança na capital brasileira a 24 de Março de 1843, foi ratificado pelo primeiro dos dois países, mas deixou de o ser pelo segundo” (*Tratado de direito internacional público*, Tomo 2, p. 409).

¹⁸ Clóvis Beviláqua nos traz também um exemplo a respeito desse tipo de impropriedade terminológica, não raro existente: “A lei de 19 de outubro de 1891, art. 9, apelida ratificação o ato pelo qual o Congresso aprova o tratamento; mas, evidentemente, é incorreta a denominação” (*Op. cit.*, p. 18-19).

¹⁹ ACCIOLY, Hildebrando. Parecer do consultor jurídico do itamaraty, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. n. 8. p. 164-166, 1948. Vide, por tudo, REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*, p. 326-328, nota n. 518.

²⁰ Sem razão, também, dizer que “não gera efeitos a simples assinatura de um tratado se este não for ratificado pelo Congresso Nacional” (WATERHOUSE, Price. *A constituição do Brasil 1988: comparada com a constituição de 1967 e comentada*, p. 471).

²¹ Esse autor, aliás, repete o equívoco em diversas passagens de seu texto, sempre no sentido de que o Poder Legislativo ratifica tratados internacionais (cf., v.g., p. 30, 32, 33, 35).

²² Cf. nesse sentido: MARTINS, Ives Gandra. *Curso de direito tributário*, Coleção Audio-Juris, fita nº 5, lado A; e também, CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário nos termos da constituição federal de 1988*, p. 62.

²³ MEDEIROS. Idem, ibidem. Nesse mesmo sentido: ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *O direito dos tratados na constituição: a nova constituição e o direito internacional*, p. 41.

²⁴ Lembre-se dos dizeres de Bobbio, para quem: “O direito não tolera anomalias” (*Teoria do ordenamento jurídico*, 1991, p. 86-88).

²⁵ *Revista de Jurisprudência do TJRS*. v. 4, p. 193.

²⁶ *Constituição Federal*, Art. 65: “O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”. Parágrafo único. “Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”.

²⁷ Veja-se, a esse respeito, a lição de Rezek, 1996, p. 69: “Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. O exame do tratado internacional costuma envolver, numa e noutra das casas, pelo menos duas das respectivas comissões: a de relações exteriores e a de Constituição e justiça. O tema convencional determinará, em cada caso, o parecer de comissões outras, como as de finanças, economia, indústria e comércio, defesa nacional, minas e energia. A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças – a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores –, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes”.

²⁸ Accioly, 1934, p. 413-414, a esse respeito, leciona: “Parece indubitável que um tratado só deve ser ratificado tal qual foi assinado. Ou ele é aprovado integralmente, ou é rejeitado. De fato, toda modificação no seu texto importa em alteração do que foi ajustado pelas partes contratantes: o resultado da modificação já não é o mesmo tratado.

Ora, o tratado é um acordo de vontades, é um contrato; não é possível, pois, que uma só das partes ou cada parte altere à vontade as estipulações adotadas por combinação, entre todas, nem que tais alterações possam obrigar à outra ou às outras partes. (...) Deve concluir-se, pois, que a ratificação só poderá ser integral; isto é, deve implicar a aceitação integral do texto assinado pelos plenipotenciários. Não invalida essa conclusão o fato de algumas constituições, como é o caso, por exemplo, da dos Estados Unidos da América, admitirem que os respectivos congressos ou parlamentos modifiquem os tratados a estes submetidos. As ratificações feitas com as modificações dessa natureza devem dar lugar a novas negociações, para que a outra ou as outras partes contratantes as aceitem, isto é, aceitem o novo texto. As outras partes contratantes não têm, evidentemente, obrigação de admitir tais modificações e isto pode determinar o abandono do tratado”.

²⁹ MARTINS, Estevão Rezende. *Op. cit.*, p. 269. Para Rezek, 1996, p. 69-70. “A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças – a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores –, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes. O sistema difere, pois, do norte-americano, em que apenas o Senado deve aprovar tratados internacionais, exigindo-se naquela casa o *quorum* comum de presenças, mas sendo necessário que dois terços dos presentes profiram voto afirmativo. Os regimentos internos da Câmara e do Senado se referem, em normas diversas, à tramitação interior dos compromissos internacionais, disciplinando seu trânsito pelo Congresso Nacional” (*Direito internacional público...*, p. 69-70).

³⁰ A esse respeito, leciona CAMINHA, 1999, p. 155.: “No Brasil os constituintes de 1988, de acordo com a tradição republicana de nada estabelecer sobre a hierarquia que estão a merecer os tratados internacionais gerais, em confronto com as leis ordinárias, também silenciaram a respeito. Aos de caráter especial, porém, como é o caso dos tratados de integração com países latino-americanos, e aos que versam sobre direitos humanos, destinaram menção diferenciada, inserindo-os entre os Princípios Fundamentais da República e os Direitos e Garantias Fundamentais. Em relação a esses últimos, enumeraram no art. 5º alguns dos direitos universalmente consagrados, e, como acontece nas Cartas da maioria dos países democráticos, ‘... de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção...’, no § 2º prevêem ainda a existência de outros direitos da mesma espécie, decorrentes de tratados assinados pelo País. Neste exato sentido inserem-se as normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devidamente internalizadas, que, de cer-

ta forma, ampliam o rol previsto na Constituição”.

³¹Na lição de BOUCAULT (2000, p. 16): “Nesse patamar de discussões, verifica-se que a aplicação de Tratados internacionais no Brasil ainda carece de modificações no texto constitucional, à guisa do que se consolidou em Portugal, na Grécia e alguns outros países que defendem a supremacia dos Tratados sobre as normas constitucionais. Essa perspectiva corporifica-se, em se tratando de convenções internacionais que disciplinam normas protetivas de direitos fundamentais, interpretação desenvolvida por alguns juristas brasileiros, mas sem haver demovido a orientação fixada pelos juízes do Supremo Tribunal Federal”.

³²Como bem salientam Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva: “Na realidade, não é propriamente a ratificação, isto é, o ato de firmar e selar a *carta de ratificação*, que dá vigor ao tratado. O que o torna perfeito e acabado é a troca de tal instrumento contra outro idêntico, da outra parte contratante, ou o seu depósito no lugar para isto indicado no próprio tratado. Aliás, um simples depósito, às vezes, não basta para o aludido resultado. Com efeito, o *depósito* é exigido, geralmente, para tratados multilaterais, e estes requerem quase sempre certo número de depósitos, se não o de todas as partes contratantes para sua entrada em vigor” (*Manual de direito internacional público*, p. 31).

³³ Cf. RANGEL, Vicente Marotta. *Integração das convenções de Genebra no direito brasileiro*. p. 202 (nota). Grandino Rodas também leciona no mesmo sentido: “Embora as Constituições Brasileiras da República, incluindo a vigente, não façam qualquer referência [à promulgação de tratados], esse costume vem sendo mantido. Consoante a praxe atual, a Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores redige o instrumento do decreto, que será acompanhado do texto do tratado e, eventualmente, de tradução oficial. Tal decreto é publicado no *Diário Oficial da União*, após assinatura do Presidente da República, referendada pelo Ministro das Relações Exteriores. Relativamente aos acordos em forma simplificada, não submetidos à aprovação do Congresso, a promulgação pelo Executivo é dispensada, respeitando-se apenas a formalidade da publicação”. E finaliza o autor: “Durante a última Assembléia Constituinte houve proposta para que o Direito Internacional aceito pelo Brasil fosse incorporado imediatamente ao Direito interno brasileiro, contudo a mesma não vingou” (*Tratados internacionais*, p. 54-55).

³⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 500; cf., ainda, *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, p. 217-218.

³⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 500; também *Princípios do*

processo de formação das leis..., cit., p. 217-218 FRAGA, Mirtô. *Op. cit.*, p. 64; e ainda TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 9. ed., p. 132.

³⁶ ROUSSEAU, Charles. *Principes généraux du droit international public*. p. 403.

³⁷ Trecho do voto proferido no RE nº 72.154-PR, Tribunal Pleno, julg. 4-8-1971, in *RTJ* vols. 58 e 70, p. 71-72.

Bibliografia

ACCIOLLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934. Tomo 2.

_____. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da constituição federal brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, n. 7, p. 5-11, jan./jun. 1948.

_____. Ainda o problema da ratificação dos tratados, em face da constituição federal brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, n. 11-12, p. 95-108, jan./dez. 1950.

ACCIOLLY, Hildebrando; NASCIMENTO e SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1984. Impressão: 1992.

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di diritto pubblico*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Comentários à constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito público internacional: a síntese dos princípios e a contribuição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. Tomo 2.

BIDART CAMPOS, German J. *El derecho de la constitucion y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima, 1995.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Os princípios do direito internacional privado e a temática dos direitos humanos no limiar do Século XXI. In: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto: Nacional de Direito Livraria Editora, ano 1, v. 2, p. 13-17, fev. 2000.
- CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. Os juízes diante dos tratados internacionais de proteção aos direitos do homem. In: *Revista dos Tribunais*. n. 761, p. 151-157, mar. 1999.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- _____. Imposto de vendas e consignações, incidência em sobretaxas cambiais, ágios e bonificações, acordos internacionais sobre paridade cambial. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 47, p. 452-458, 1957.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília/Instituto Interamericano de Derechos Humanos; F. Naumann-Stiftung, 1992. Seminário de Brasília de 1991.
- _____. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2. ed. atual. Brasília: Ed UnB, 1997.
- _____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CASSESE, Antonio. *Human rights in a changing world*. Philadelphia: Temple University Press, 1990.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A constituição federal [de 1946] comentada*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. v. 3.
- COSTAS, Elcias Ferreira da. *Comentários breves à constituição federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. In: *Revista especial do Tribunal Regional Federal*, 3.^a Região – Escola dos Magistrados – Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.
- DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. v. 1, atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FRAGA, Mirtô. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FRANCO, Afonso Airinos de Melo. Poder legislativo e político internacional. In :_____. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- GOMES, Luiz Flávio. a questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista dos tribunais*. n. 710, p. 21-31, dez. 1994.
- HENKIN, Louis; PUGH, Richard; SCHACHTER Oscar; SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3th ed. Minnesota: West Publishing, 1993.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Título original: die normative Kraft der verfassung.
- KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours*. Paris, 1926. v. 4, t. 14.
- _____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

- LENZA, Pedro. As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. n. 49-50. p. 93-125, jan./dez. 1998.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- MARINHO, Josaphat. Dos direitos humanos e suas garantias. In: *As tendências atuais do direito público: estudos em homenagem ao professor Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MARTINS, Estevão de Rezende. A apreciação de tratados e acordos internacionais pelo congresso nacional. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à constituição brasileira. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 242.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris, 1999.
- _____. *Direitos humanos & relações internacionais*. Campinas: Agá Juris, 2000.
- _____. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto: Nacional de Direito Livraria Editora, ano 1, v. 6, p. 26-50, jun. 2000.
- _____. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 53, p. 83-106, jun. 2000.
- _____. Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante face a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica. *Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 351, jul./set. 2000.
- _____. Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto: Nacional de Direito Livraria Editora, ano 1, v. 10, p. 20-52, out. 2000.
- _____. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 37, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: L&PM 1983.
- _____. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos, n. 3).
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- NERI, Paulo de Tarso (Coord.). *Prisão de depositário infiel: constitucionalidade*. Parecer elaborado pelo grupo de trabalho criado pela Portaria GPF (Gabinete da Procuradoria Fiscal) nº 28/98.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo 3.
- _____. Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969. 2. ed. Tomo 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- _____. Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969. 3. ed. Tomo 3, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- _____. Comentários à constituição de 1946. 2. ed. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1946.
- PRICE WATERHOUSE. *A Constituição do Brasil 1988: comparada com a constituição de 1967 e comentada*. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.
- RANGEL, Vicente Marotta. A Constituição brasileira e o problema da conclusão dos tratados internacionais. *Problemas Brasileiros*. São Paulo: Conselho Regional do Serviço Social do Comércio, n. 31, out. 1965.
- _____. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, n. 44, 45, p. 29-64, 1967.
- _____. Integração das convenções de Genebra no direito brasileiro. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais*. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, ano 2. n. 3, jan./mar. 1967.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Direito internacional público: curso elementar*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. atual. por Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. 3 v.
- VALLADÃO, Haroldo. Aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso Nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro. n. 11-12, p. 95-108, jan./dez. 1950.
- _____. Necessidade de aprovação pelo congresso nacional de acordo internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro. n. 49-50, jan./dez. 1969.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Efetivação do serviço público

Ricardo Emílio Veloso Mendes Ommati

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Princípios. 4. Formas de transferência de realização do serviço público. 5. Outorga x delegação. 6. Autorização x permissão x concessão. 7. Conclusão.

1. Introdução

Qual toda obra humana, assim também é o Direito. E por isso, mutante, algo inacabado que, a cada dia, a cada momento, a cada necessidade, é modificado e ampliado para que se adapte ao verdadeiro desiderato humano...

É o Direito Administrativo aquele mais destinado à coletividade, coletividade esta com a qual e para a qual deve sempre laborar a Administração, guardando sempre o interesse público como guia e chama a iluminar caminhos e ações. Mais ainda, por carregar o interesse público como meta primeira, é este ramo do Direito o que mais deve oscilar no tempo; o que jamais deve manter-se estagnado. O que se almeja hoje não é o mesmo de ontem, nem quiçá o mesmo de amanhã. A cada minuto nasce um homem novo em nós, com novos ideais, desejos renovados, e o que fazer o Direito, senão mudar para acompanhar-nos? Fruto nosso, não deve passar também de objeto nosso, de meio nosso a possibilitar vida social cada vez mais pacífica e feliz.

Odete Medauar (1992, p. 10) menciona a lei do “28 pluviose” do ano VIII (1800) como ato de nascimento do Direito Adminis-

Ricardo Emílio Veloso Mendes Ommati é aluno do 8º semestre de Direito da PUC- MG.

trativo, a qual, citando as palavras de Zanolini, “*pela primeira vez deu à Administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória*”. Note-se, portanto, que data de dois séculos ... Com certeza, se se tivesse mantido idêntico, jamais se adaptaria à realidade atual... Mas a conclusão cabe à própria Odete, sapientissimamente, ao asseverar que, mesmo não tendo rompido com o passado, o Direito Administrativo “continuou” no tempo, assegurando que “o Direito Administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança. A transformação sócio-política é propícia à mudança de conteúdo e de forma do direito administrativo para que se torne mais acessível nos seus enunciados, para que traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade (...)” (p. 228).

Visando alcançar o interesse público é que o Poder Público realiza inúmeros serviços, buscando, qual dito, satisfazer os desideratos da sociedade. Antigamente, acreditava-se que tais serviços visavam apenas suprir as necessidades dos homens – eis que, por causa disso, eles eram chamados “serviços de necessidade pública”. Tais eram, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, aqueles serviços essenciais, prestados somente pelo Poder Público e diretamente à comunidade, necessários à sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, tais como a defesa nacional, preservação da saúde pública ... (1998, p. 296). Essa idéia restrita, porém, ampliou-se, acreditando-se que, muito mais do que um serviço de mera “necessidade” e imprescindibilidade para o homem, deve também ser um serviço que vise à comodidade, a tornar a vida mais fácil, confortável e condigna – seriam chamados, também nas palavras de Hely, de serviços de utilidade pública, podendo ser delegados a terceiros, que os realizariam por sua conta e risco, nas condições regulamentadas pelo Estado, mediante remuneração (citando como exemplos o serviço de transporte coletivo, telefone, gás, água...).

Tal como o Direito Administrativo evoluiu, assim o fez o serviço público.

Verifica-se, por exemplo, que no Estado liberal combinavam-se basicamente três elementos para definir o serviço público:

- o subjetivo, que considera apenas a *pessoa jurídica* que realiza o serviço: assim, o serviço público seria aquele realizado basicamente pelo Estado;
- o material, que considera a *atividade exercida* (o serviço público seria aquele que visasse à satisfação das necessidades coletivas);
- o formal, considerando o *regime jurídico* - assim, seria serviço público aquele realizado dentro dos ditames do Direito Administrativo.

Com a evolução dos tempos, porém, esses três elementos não permaneceram indissociáveis. Ora, afastando-se o Estado dos princípios do liberalismo, passou ele a realizar atividades diferenciadas, dantes não consideradas públicas, tais atividades comerciais e industriais (antes, atividades exclusivamente privadas). Outrossim, ampliando-se o rol de atividades exercidas pelo Estado, não pôde mais ele realizá-las, todas, diretamente: necessitou delegar sua execução a particulares e pessoas jurídicas de direito privado, que as realizariam sob o regime de Direito Privado. Nota-se, com isso, que se feriram o elemento subjetivo (vez que não apenas o Estado passou a realizar serviços) e o elemento formal (pois o serviço público passou a poder ser executado sob a égide do Direito Privado). Maria Sylvia Zanella Di Pietro fala ter havido uma “crise na noção de serviço público”, justamente por não ser mais possível unir esses três elementos, antes imprescindíveis, para conceituar serviço público (1996, p. 82).

2. Conceito

O que seria, então, serviço público? Numerosas são as opiniões, que divergem em palavras, mas que se unem em sentido.

Para Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (1998, p. 296).

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo” (1994, p. 348) – note-se, portanto, que Celso Antonio fixa-se muito no elemento formal (já demonstrado). Enfatiza ele que o serviço deve ser prestado sob um regime de direito público... E no caso de delegação em que o serviço for realizado por uma empresa pública ou sociedade de economia mista, sob as regras do Direito Privado? Eis que, por isso, Maria Sylvia o critica.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, serviço público seria “uma atividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria administração” (1996, p. 323).

Para Edimur Ferreira de Faria, resumida porém de maneira completa, serviço público seria “aquele que o Estado, por meio de normas jurídicas próprias, diz ser”. E complementa: “Dispondo a lei que determinado serviço é público ou de interesse público, não há dúvida de que ele é público, ainda que prestado por particular em virtude de delegação” (1999, p. 367).

Léon Duguit, trazido por Cármen Lúcia Antunes Rocha em seu “Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro” (que, segundo ela, muito

citado e recitado ele é, conquanto também consagrado e criticado por tantos outros – claro que, para ela, consagrado e, muito mais claro ainda, recitado, vez que aos poetas cabe cantar, recitar, e não apenas falar em palavras secas, simples e corriqueiras), afirma ser o serviço público “*tout activité dont l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l’accomplissement de est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance social, et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être réalisée complètement que par l’intervention de la force gouvernante*” (1996).

Por fim, Cármen Lúcia Antunes Rocha, conotando socialmente o serviço público, assevera com brilhantismo que “serviços há que se consideram hoje públicos e, portanto, devidos pelo Estado por força de conquista social. Serviços Públicos são, quase sempre, correlatos aos direitos sociais, frutos de tantas e tão laboriosas lutas. De nada adiantará manterem-se em textos normativos, mesmo que constitucionais, direitos arrolados se do Estado se retirar a obrigação de prestar os serviços sem os quais eles não se tornam efetivos”.

Unindo todos esses conceitos, pode-se asseverar que serviço público é aquela atividade prestada pelo Estado ou por particulares (quando lhes fizerem as vezes), atividade essa essencial e/ou útil à vida humana, nos limites impostos pela lei e nas condições avaliadas pela administração. Enfatiza-se ser uma “atividade” porque é algo contínuo, incessante (como se observará a seguir), jamais podendo ser concebido como sendo um único ato, ou apenas um procedimento – vez que tais expressões remetem-se sempre a algo finito, transitório. Vive, pois, em eterna mutação, a acompanhar anseios e interesses humanos, sendo, destarte, correlato aos direitos sociais, e, por tal, imprescindivelmente devido pelo Estado aos homens.

3. Princípios

Princípios são alicerces, bases, fundamentos. Servem para sustentar e guiar o ser-

viço público, servindo de referência, de bússola a indicar sempre um norte a ser seguido. Como princípios inerentes ao serviço público, podem-se citar:

Princípio da continuidade

O serviço público deve ser permanente, incessante, contínuo. Nunca deve “parar” – até porque o interesse público, a “*puissance publique*”, nunca se esgota, e longe está de ser algo consumado. E se algum dia cessar é porque não há mais homem, não há mais vida...

É baseado nesse princípio que se veda a aplicação, nos contratos administrativos, da “exceção do contrato não cumprido”, qual existe no direito privado – como o serviço público é contínuo, caso a Administração deixe de cumprir uma cláusula contratual, não pode o particular paralisar o contrato (apesar da recíproca ser admissível). Também decorrente desse princípio, surgem outras prerrogativas da Administração, a saber: poder para intervir na empresa concessionária de serviços públicos, se esta não os tiver prestando adequadamente; poder para utilizar equipamento e pessoal da concessionária ou permissionária, nos casos de intervenção ou de rescisão do contrato de concessão por decisão judicial; imposição de prazos rigorosos ao contraente; aplicação da teoria da imprevisão para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço ...

Neste ponto, cabe apenas uma observação referente ao direito de greve. Sabe-se que, a rigor, a greve fere a continuidade do serviço público. Mas a Constituição da República prevê, em seu art. 37, VIII, tal possibilidade, a permitir aos trabalhadores que reivindicarem por seus direitos e por melhorias nas condições de trabalho. É uma conquista democrática que, porém, só pode ser utilizada de maneira comedida. Há certas exigências legais para o correto exercício desse direito, visando a não ferir, de todo, a continuidade do serviço - o que prejudicaria mais ainda a própria coletividade. O Poder Pú-

blico, por exemplo, pode determinar o desconto na folha de pagamento por dia faltoso. Não se tecerá, todavia, maiores comentários sobre isso para evitar que este trabalho fique por demais extenso, e até porque, apesar de ser um direito consagrado constitucionalmente, não foi devidamente regulado ainda por Lei Complementar, qual previu a Constituição.

Princípio da generalidade

Diogo de Figueiredo Moreira Neto enumera esse princípio como essencial ao servidor público. O serviço público deve ser prestado indistintamente a todos que dele necessitem, jamais podendo ser considerado um “favor legal”, e sim um “dever ser”, genérico e indistinto (1996, p. 325)

Princípio da igualdade

Presente em todo o Direito Administrativo, e não só nele, mas em todos os ramos do Direito, aqui, especificamente, significa que o serviço público deve ser prestado nas mesmas condições para todos, sem quaisquer discriminações, de modo que um administrado possa dele se utilizar da mesma forma que qualquer outro administrado também o possa.

Seria, qual Cármen Lúcia já recitou, considerar todos os administrados sem máculas ou matizes a lhes diferenciar e, se possível fosse, seria imaginar toda a Administração como branca, isenta de cores, de marcas, de diferenças entre quaisquer deles.

Princípio da modicidade

Os preços dos serviços públicos devem ser compatíveis tanto às exigências do mercado como à capacidade econômica dos administrados, devendo ser realizado a preço módico. Se o serviço for realizado por terceiros, prevê a Constituição da República, em seu art. 175, III, a política tarifária que, não fugindo a esse princípio, normatiza um lucro também módico a quem realizar o serviço.

Princípio da qualidade e eficiência

Qual o próprio princípio já enfatiza, os serviços públicos devem ser realizados de maneira eficiente e com uma boa qualidade. As pessoas que o realizarem devem desfrutar de conhecimento técnico, por exemplo, ou a maquinaria utilizada deve estar em condições condignas à boa realização do serviço... Enfim, o serviço público deve ser posto à coletividade em um nível satisfatório de qualidade e eficiência, de modo a poder cumprir com o que lhe roga a coletividade.

Princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins

É assim que Maria Sylvia Zanella Di Pietro chama esse princípio, também denominado “Princípio do Aperfeiçoamento” por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Consiste em que o serviço público deve adaptar-se às exigências da coletividade, ao interesse público sempre mutante, não podendo comportar-se de maneira estagnada, acimentada. Da mesma forma, deve acompanhar as inovações do tempo e da tecnologia, aperfeiçoando-se. Tal aperfeiçoamento, segundo Diogo de Figueiredo, deve dizer respeito, também, “ao trato urbano e cortês devido pelos prestadores, diretos ou indiretos, aos administrados” (1996, p. 325). Aliás, complementando o grande autor, acrescenta-se que educação e cortesia são, por si sós, princípios que devem estar presentes na vida de cada um e de todos, quer administradores, quer administrados. Sem educação, sem tratamento cortês ou urbano, não se constrói coisa alguma, nem sequer a própria sociedade (quem dirá o Direito).

4. Formas de transferência de realização do serviço público

Multiplicam-se os homens, crescem as cidades, aglomeram-se as “polis”. É a vida mostrando-se em evolução, é o caminhar contínuo e constante dos seres humanos a buscarem caminho novo, sonho novo – o

novo. É o coração que pulsa a fornecer energia, a carregar almas e corpos num incessante desbravamento, num quebrar de barreiras, num ir além sem fim. Assim é o homem, com sua ambição peculiar e única, que, qual dizia Habermas, é fonte e maior alimento da evolução.

Se até Napoleão acordasse hoje, de séculos, espantar-se-ia com tamanha civilização. Bombasticamente tudo se multiplicou. E como pode o Estado suprir todas essas “necessidades multiplicadas” sozinho? Impossível. Como de forma poética afirmou Cármen Lúcia Antunes Rocha, em brilhantíssima participação no Congresso Portugal-Brasil ano 2000, em Coimbra, “se o mundo faz multiplicar portos e aeroportos, os direitos também haveriam de multiplicar-se, pois se os caminhos são feitos para os passos, o direito há de ser feito para esse homem anejo”.

Para isso é que se necessita de pessoas, para isso é que o Estado necessita de gente andando junto, auxiliando-o, de uma ajuda imprescindível de particulares para que possa prestar o serviço público de maneira realmente a atender à necessidade e comodidade de todos, à “*puissance publique*” – eis que, por causa disso, o já discorrido elemento subjetivo, dantes considerado imprescindível para o serviço público, hoje é completamente descartável e eis por que, também, o Estado necessita transferir a realização do serviço público a terceiros.

A *forma de prestação* do serviço público pode ser centralizada, descentralizada e desconcentrada, e sua *execução*, direta ou indireta.

A *execução direta* do serviço dá-se quando ele é prestado exatamente pela pessoa a quem foi incumbido realizá-lo, quer seja essa uma pessoa estatal, autárquica, paraestatal, pessoa privada ou particular.

A *execução indireta* é aquela que se dá toda vez que o responsável pela realização do serviço o comete a terceiros para realizá-lo. Tanto a Administração como particulares podem cometer a outrem realizar o serviço,

de acordo com sua natureza. Claro, há serviços impossíveis de serem executados indiretamente. É o caso, por exemplo, dos serviços relacionados ao Poder de Polícia, os quais cabem tão-somente ao Poder Público, até porque exigem coerção própria e peculiar ao Estado.

Como já dito, além das formas de execução dos serviços, há as *formas de prestação* do serviço. Observa-se que há uma estreita diferença entre ambas as modalidades: primeiro, delimita-se a forma de prestação do serviço, que pode ser, como se discorrerá a seguir, centralizada, descentralizada e desconcentrada. Delimitada a forma, ou seja, sabido a quem incumbirá realizar o serviço, este poderá ser realizado diretamente (pela pessoa originariamente incumbida), ou indiretamente, se realizado por outrem.

O *serviço centralizado* seria, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “o que o Poder Público presta por suas próprias repartições, em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade” (1998, p. 306). Complementando Hely, Gasparini diz ser “o serviço (que) vai da Administração Pública, que o executa e explora, ao administrado, seu beneficiário último, sem passar por interposta pessoa” (1992, p. 231). Ao mesmo tempo em que a Administração Pública é titular do serviço, é ela quem o executa, por si mesma.

O *serviço desconcentrado*, por sua vez, seria aquele que, apesar de realizado diretamente, é distribuído entre órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização. Tal modalidade acelera a prestação do serviço, e não há que ser confundida com descentralização, vez que, nesta, transfere-se o serviço (quer sua realização, quer sua própria titularidade); naquela, simplesmente distribui-se o serviço para que a pessoa incumbida de realizá-lo o faça de maneira mais rápida e efetiva.

O *serviço descentralizado* seria aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, o que de maneira mais aprofundada será tratado a seguir.

5. Outorga x delegação

A outorga é uma forma de transferir serviço público por meio de lei. Há uma lei que cria uma pessoa jurídica para realizar o serviço especificado, a qual o realizará por sua conta e risco, transferindo-se-lhe a titularidade do serviço. Cabe a Diogo de Figueiredo Moreira Neto criticar a “criação” da pessoa jurídica por lei. Para ele, a lei apenas autoriza a Administração a proceder à sua instituição, vez que a efetiva aquisição da personalidade jurídica dá-se apenas quando do registro constitutivo civil ou comercial da dita pessoa, quer seja no cartório, quer seja na Junta Comercial.

A delegação seria forma de transferência da *realização* do serviço (apenas) a um terceiro. Jamais transfere a titularidade – tão-somente a realização, vez que a Administração continua titular daquele serviço. Dá-se mediante ato administrativo, podendo ser, portanto, revogado, modificado e anulado tal qualquer ato dessa mesma natureza o pode ser.

Comparando um e outro instituto, Hely Lopes Meirelles distingue-o: “A delegação é menos que outorga, porque esta traz uma presunção de definitividade, e aquela, de transitoriedade, razão pela qual os serviços outorgados o são, normalmente, por tempo indeterminado, e os delegados, por prazo certo, para que ao seu término retornem ao seu delegante” (1998, p. 306).

Todavia, salienta o saudoso Hely que, em ambos os casos, o serviço continua a ser público (ou de utilidade pública), sendo, apenas, um serviço descentralizado, submetido à devida regulamentação e controle do Poder Público que o descentralizou.

Um exemplo claro de serviço outorgado é o realizado pelas autarquias. Como se há de saber, são as autarquias, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa” (1994, p. 75). Realizam um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio

e receita próprios, para o melhor funcionamento da Administração Pública, chegando até a entenderem alguns como sendo verdadeiros “braços” da Administração, como que uma Administração prolongada, estendida.

Exemplos de serviços delegados são os executados por paraestatais (pessoas jurídicas de direito privado que realizam atividades, obras ou serviços de interesse coletivo), ou por particulares, aos quais se lhes delegam os serviços mediante “autorização, permissão ou concessão” (termos utilizados pela própria Constituição da República, em seu art. 21, XII, cujas especificidades serão abordadas a seguir).

6. Autorização x permissão x concessão

Por ser o tema demasiado extenso, não se abordará, separadamente, cada uma das formas supracitadas de transferência de serviço público (quer de titularidade, quer de mera realização). Preferir-se-á discorrer conjuntamente, enumerando diferenças e pontos acordes.

Traçando uma pseudo-escala de precariedade entre tais institutos, pode-se asseverar que, na base, encontra-se a autorização; no ponto médio, a permissão, e no topo, a concessão.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “os serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular, para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória” (1998, p. 364). Como exemplo, tem-se a Lei 9.074/95, pela qual se autoriza a particulares, dentro dos limites legais, a implantação de usina termelétrica para uso próprio.

Muito se discute se a autorização consiste em forma autônoma de delegação de serviço público, ou meramente um tipo de permissão. Gasparini, por exemplo, lembrando o art. 21, XII, da Constituição da República, pelo qual “compete à União ex-

plorar (serviço público), diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, diz que a Carta Magna “utiliza essa expressão (autorização) com o sentido e o regime de permissão de serviço público” (1992, p. 244). Cabe, a mim, mui respeitosa-mente, discordar. Primeiro, não fossem institutos distintos, não estariam distintamente enumerados na Constituição. Como se sabe, não há palavras inúteis, excessivas, vãs em nossa Lei Maior – principalmente se estão enumeradas e separadas por vírgulas, e pelo conectivo “e” (o qual transmite uma idéia de algo mais, *plus*, além). Se, ao invés, utilizado fosse o conectivo “ou” (que encerra uma certa idéia de exclusão de algo em detrimento de outro), poder-se-ia até cogitar de uma hipótese de “sinônimo” entre autorização e permissão, enfatizando-se, novamente, a incoerência de tal raciocínio, dada a unicidade e importância ímpares de cada verbete em nosso texto constitucional. De vírgulas e do conectivo “e” se logrou a Constituição, enumerando três institutos, claramente, tornando nítida sua distinção. Ademais, sabe-se quão mais precária é a autorização, se comparada à permissão. Esta ainda visa a um interesse coletivo, além do interesse do particular. Aquela, visa tão-somente ao interesse do autorizado (claro, todavia, que esse interesse não se choque com o interesse coletivo, vez que, isso acontecendo, o instituto perderia completamente sua razão de ser, por contrariar a finalidade básica e essencial do Direito Administrativo e de todo o Direito, a de buscar o bem social, traduzido nos salutares interesses da comunidade). É o que faz crer Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao alertar que “não se confunda (...) permissão com autorização; enquanto esta é outorgada no exclusivo interesse do particular, a permissão pressupõe o atendimento simultâneo do interesse do administrado e do Poder Permitente” (1996, p. 340).

A *permissão*, igualmente, é ato unilateral, discricionário e precário. Grassa uma divergência, porém, na própria Lei 8.987/95, ao

referir-se a esse instituto. Em seu art. 1º, IV, diz-se que:

“Permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco”.

Mais à frente, em seu art. 40, dispõe:

“A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

No passado, cria-se ser a permissão carregada de discricionariedade tal capaz de facultar ao Poder Público a extinção do “ato” sem considerar sequer direitos do permissionário, o que gerava arbitrariedades que recebiam inclusive com o “*placet*” do Poder Judiciário. Com o advento da lei supracitada, passou-se a defender que a permissão, não sendo apenas um ato, seria também uma espécie de “contrato” de adesão – é que não se trata de um contrato firmado nos ditames rigorosos da Teoria dos Contratos Administrativos, qual o é o contrato de concessão, e sim de um contrato mais simples, o que desaguarda na consolidação de certos direitos aos permissionários, quando, por exemplo, da revogação do instituto. Assim, não poderá o Poder Público, como dantes, simplesmente revogar o “ato”, esquecendo-se absolutamente dos direitos do permissionário. Deve ocorrer um processo administrativo próprio – inclusive porque o devido processo legal é garantido pela Constituição da República, em seu art. 5º –, o que acarretará indenizações, caso se comprove o dano oriundo.

A concessão, nas claras palavras de Celso Antônio, é o “*ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Po-*

der Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se com a própria exploração do serviço, geralmente pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro” (1994, p. 369).

É forma de transferência de serviço público por outorga, dada a necessidade de uma lei que autorize a concessão, procedendo-se, em seguida, à licitação para a escolha do melhor candidato.

É ato complexo vez que, segundo Celso Antônio, é composto por *ato regulamentar do Estado* (que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, enfim, as condições em que será oferecido o serviço aos usuários); por *ato-condição*, pelo qual o particular consente com a situação objetiva imposta pelo Poder Público, e a ela se submete; e por um *contrato*, do qual decorre o equilíbrio financeiro e se resguardam os objetivos de lucro do particular.

Por ter essa veia contratual é que à concessão se aplicam as regras do contrato administrativo, a citar, submissão ao procedimento licitatório prévio (consoante o art. 175 da Constituição da República); forma solene e dotada de publicidade; natureza “*intuitu personae*” (de que decorrem a vinculação da Administração e da parte contrária, e proibição de subcontratação e mutação na condição jurídica do contratado, por exemplo), e a presença de cláusulas exorbitantes, pelas quais mostra-se a Administração suprema, tornando o contrato deveras desigual e instável se comparado aos contratos do Direito Privado, por exemplo – nos quais, certamente, as cláusulas exorbitantes presentes na concessão seriam consideradas leoninas.

A supremacia da Administração, esclarece-se, expressa-se por meio de certos poderes que detém o Poder Público, expressos no art. 29 da Lei 8.987/95:

“*Incumbe ao poder concedente:
I - regulamentar o serviço concedido e*

fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Esta lista extensa, porém, pode ser resumida em três poderes básicos:

• poder de fiscalizar e inspecionar: poder pelo qual o Poder Público pode alterar o funcionamento do serviço sempre que assim o exigir o interesse público; é um “po-

der-dever” que deve, todavia, restringir-se às atividades abrangidas pela outorga, não podendo excedê-la ou extrapolá-la.

• poder de alterar, unilateralmente, as cláusulas contratuais: vale-se de tal poder quando a Administração, visando sempre ao interesse público, modifica as condições de funcionamento do serviço, modificando sua organização. Não pode o particular se opor a tais modificações, podendo, apenas, invocar o equilíbrio econômico-financeiro, sendo ressarcido caso comprove danos oriundos de ditas modificações.

• poder de extinção da concessão: pode, mesmo antes de findo o prazo, retomar o Poder Público o serviço outorgado, se assim aconselhar o interesse público. Ora, com a mesma conveniência com que outorga, pode igualmente retomar o serviço, claro, enfatiza-se, se assim almejar a coletividade. Da mesma forma, pode haver extinção por algum comportamento gravoso do particular ao executar o contrato, hipótese em que este poder assume clara condição de poder-dever.

Se se fala em poderes do Poder Público concedente, fala-se também em direitos do concessionário. Salienta-se, porém, que tais direitos são aqueles referentes à parte contratual da concessão, a enfatizar, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, e o cumprimento de obrigações relacionadas, apenas, ao conteúdo do contrato (do que decorre não ser o particular obrigado a cumprir imposição da Administração estranha ao que se avençou - exceto nos casos em que for possível alterar unilateralmente a avença, questão de que já se tratou).

Como formas de extinção da concessão, podem-se enumerar: o advento do termo (o contrato chegar ao fim); encampação (retorno da realização do serviço, pelo Poder Público, com a devida justificação e comprovação, constituindo ato unilateral visando ao interesse público, do qual pode acarretar indenização se comprovado o prejuízo); caducidade (rescisão unilateral do contrato pela Administração quando da culpa ou inadimplência do concessionário, descum-

primimento do contrato, paralisação do serviço, perda de condições técnicas e operacionais, etc.); rescisão (pode ser por meio de acordo ou unilateralmente pelo concessionário, caso em que, judicialmente, apresentará a devida motivação); anulação (quando da presença de ilegalidade no ato da administração de fazer o contrato – não se trata de ilegalidade no próprio ato do concessionário); falência ou extinção da empresa concessionária; falecimento ou incapacidade do titular, em caso de empresa individual.

Como consequência da extinção da concessão, há a reversão dos bens que, segundo Celso Antônio, consiste na “*passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço*” (1994, p. 384). Salienta-se que tais bens são aqueles necessários à realização do serviço – não é todo e qualquer bem do concessionário. Ora, cessando a concessão, o que haverá de querer o concessionário continuar com bens os quais só se utilizavam para a realização de tais serviços? Se a Administração houvera transferido bens e prerrogativas, que as retome quando da extinção do contrato – nada mais justo. E a razão disso é justamente a natureza pública do serviço realizado, da qual se subentende não poderem ser tais bens “sacrificados” em prol de um interesse particular, e mais ainda: por ser um serviço público, pressupõe-se contínuo, logo, extinta a concessão, hão que ser reavidos os bens e prerrogativas ao Poder Público para que este continue prestando-o. Claro que, se o prazo da concessão for por demais pequeno a ponto de não proporcionar amortização do capital, atendendo ao equilíbrio econômico-financeiro, deverá o Poder Público indenizar o particular pelo valor remanescente não amortizado, constituindo, nesse caso, uma reversão onerosa ao Poder Público.

Se direitos e deveres há para o concedente e para o concessionário, da mesma forma também há para os usuários dos serviços. Podem (e devem) eles – nós! – reclamar dos serviços, de sua qualidade, comunicando ao Poder Público quando de sua má efetuação,

e até mesmo quando da prática de atos ilícitos pelo concessionário; têm direito à liberdade de escolha havendo vários prestadores de serviço, enfim, têm os usuários, qual até afirma Celso Antônio, *direito* ao serviço – eis seu direito principal. E direito a um serviço adequado e condigno à sua condição de administrado, à sua peculiar condição de ser humano. Se esse é o direito principal, acompanha-o um dever também principal que é, enfatiza-se, o de comunicar à Administração da qualidade do serviço, e de deixá-la ciente se está realizando-o de maneira perfeita ou sofrível, satisfatória ou inadequadamente. Porque não há democracia sem comunicação, sem interação, sem diálogo, como defende Habermas. Não há Estado Democrático de Direito sem que administrados possam fazer soar suas vozes, juntando-as, todas, em coro uníssono, a reclamarem seus direitos. Não há sinfonia de instrumento só, não há coro de uma voz só, não há interesse público com um administrado só. Sociedade de um homem só, muito mais que sozinho, viveria ele em solidão profunda, taciturno, desiludido – o avesso do que se quer. Porque o que se quer é a vida, e a vida em colorido; a vivacidade da participação e da interação; o regozijo do canto harmônico, da sinfonia com toda a pompa que só a variedade de instrumentos lhe pode dar – realidade querida, só assim poderás ser “*idolatrada, salve, salve!*”, porque só assim serás “*o avesso do avesso do avesso do avesso*” de tudo aquilo o que sempre se sonhou.

7. Conclusão

São os serviços públicos aqueles realizados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, visando à satisfação das necessidades e interesses da coletividade, dentro dos limites impostos pela Lei. Nunca haverão de cessar, pelo menos enquanto houver desiderato humano, diz-se, enquanto houver homens (vez que, onde há ser humano, há vontade e necessidade que, se puderem e forem

compatíveis com o ordenamento jurídico, não haverão de ser negadas pelo Estado).

Demonstraram-se, aqui, as acepções do termo “serviço público”, bem como sua evolução no tempo, seus princípios (a enfatizar, os da continuidade, igualdade, modicidade, qualidade, eficiência e mutabilidade), bem como as formas de prestação.

De nada importaria, todavia, que se estudasse a mais profunda doutrina, que se refletisse em infundados pensamentos, sem que se realizasse, efetivamente, o serviço. Sem que o pusesse em prática. Sim, porque a essência que deve ser a do serviço público é, principalmente, sua realização: ver suprida a necessidade de um, ver confortável o cotidiano do outro, ver feliz a vida de todos. De nada valerá toda a teoria, pensada e repensada por tantos e tão grandes nomes, se não for vivificada. E eis que sua vivificação depende não da existência das leis, nem mesmo da boa vontade do administrador, mas sim, e primordialmente, da ação de cada administrado, a exigir uma Administração condigna, a gritar por seus anseios e ideais, a nunca se calar diante de vicissitudes.

Enquanto houver fome assustadora mantendo muitos e abundância excessiva enfadando a vida de tantos outros, haverá, ainda, muito serviço a ser feito. E que assim o seja. Que nunca pare. Que nunca cesse. Que jamais se esgote... Que seja qual o tempo. E que carregue como razão de andança qualquer semblante triste, de tristeza sofrida, de

tristeza carente, de tristeza desigual. Mas que tenha, também, como estímulo e sublime recompensa, o sorriso alegre de quem vê suas necessidades realizadas e de quem vive em alegria sem fim.

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de direito administrativo positivo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*. 5. ed. Madrid: Taurus Humanidades, 1998.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. As cores da revolução constitucional do cidadão. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1997.

_____. *Cidadania Múltipla e Múltiplos da Cidadania*. Trabalho preparado para apresentação no Congresso Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra.

Jurisdição e competência internacional

A ação legiferante e a ação executiva do Estado em relação à órbita internacional: breves considerações à luz do Direito Internacional

Leonardo Arquimimo de Carvalho

Sumário

1. Introdução. 2. Jurisdição: brevíssimas considerações. 3. Os limites da Jurisdição nacional. 4. A competência internacional. 5. Os elementos de Estado e o território como unidade jurídica. 6. Jurisdição internacional. 7. Os direitos e deveres do Estado na órbita internacional: o dever de não-intervenção. 8. A ação legiferante e a ação executiva do Estado em relação à órbita internacional. 9. Considerações conclusivas.

1. Introdução

O Estado possui inúmeros fins que caracterizam sua forma de organização. Contudo, não está sozinho, inúmeras são as organizações conformadas em Estados com os mais diferentes fins, restando, portanto, a possibilidade de existirem conflitos de interesses na atuação destes. A necessidade de convivência pacífica na ordem internacional impõe limites para atuação e execução dos fins de qualquer Estado, logo, limites para atividade jurisdicional do Estado.

A jurisdição constitui-se em elemento integrante da soberania estatal e é geralmente exercida nos limites territoriais do país, sendo tarefa estatal o estabelecimento da amplitude e das limitações do seu ordenamento jurídico, tanto no âmbito espacial nacional como no internacional.

O problema do limite da atuação jurisdicional de um determinado Estado pode ser solucionado de maneira expressa, por

Leonardo Arquimimo de Carvalho é Advogado, Mestrando em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Pesquisador do Instituto de Relações Internacionais (IRI/UFSC).

determinação direta, quando o ordenamento jurídico aponta quais as causas que a ele estão sujeitas. Ou de maneira contrária, por intermédio de um sistema de determinação indireta, em que um trabalho de dedução hermenêutica irá estabelecer a extensão jurisdicional.

Em Direito Processual, a terminologia ‘Jurisdição’ remete à interpretação literal, “dizer, ditar o direito”; a expressão, quando transferida para o Direito Internacional, amplia-se, significando o exercício exclusivo de todas as competências, executivas, legislativas e judiciárias, dentro de um limite territorial dado.

Conciliar os interesses estatais nacionais com os da comunidade internacional apresenta-se como um grande problema a ser enfrentado pelo Estado, já que aparentemente não existem limites – em sentido não material – para criação legislativa bem como atuação judiciária do Estado. Contemporaneamente, a interdependência dos inúmeros atores da comunidade internacional, bem como suas inter-relações, abrem significativos questionamentos no que tange aos limites de extensão jurisdicional dos Estados.

Assim, de modo sucinto o texto pretende fazer uma singela abordagem de alguns elementos concernentes ao tema, buscando identificar, se é que existem, limites jurisdicionais do Estado na presença de fatos anormais.

2. *Jurisdição: brevíssimas considerações*

São contraditórias e divergentes as principais teorias que procuram explicar a natureza da atividade jurisdicional no ambiente territorial. São três as consideradas mais influentes, sendo seus expoentes Chiovenda, Allorio e Carnelutti.

Em Chiovenda, estão assentados significativos elementos de uma teoria da jurisdição. Importantes processualistas seguem as idéias do autor, entre eles, Calamandrei, Rocco, Segni, Zanzuchi. Para

Chiovenda, o Estado moderno considera sua função essencial a administração da justiça, sendo o Estado o único com poder para aplicar a lei ao caso concreto, poder esse denominado jurisdição. A função jurisdicional é organizada em órgãos compostos de juízes, perante os quais se deve propor a demanda na busca de um direito. A tarefa dos juízes é afirmar e atuar a vontade da lei que eles próprios consideram existente como vontade concreta em função dos fatos que eles consideram como realmente existentes. A característica da função jurisdicional é a substituição de uma atividade privada por uma atividade pública (CHIOVENDA, 1998, p. 7-13).

“Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva” (1998, p. 8).

A soberania estatal pressupõe duas funções bem distintas, uma delas destinada a produzir o direito e outra destinada a atuar o direito. Na primeira, a administração age em conformidade com a lei, considerando a lei como norma de sua própria conduta, sendo uma atividade primária ou originária. Já os juízes agem atuando a lei, considerando a lei em si mesma, sendo essa atuação uma atividade secundária ou coordenada.

Lembra Ovídio Baptista, que as críticas mais graves feitas à doutrina de Chiovenda centram-se na idéia deste de considerar a função de legislar e aplicar o direito como sendo antagônicas, considerando o ordenamento jurídico um dado prévio, restando ao juiz a pura aplicação da lei ao caso concreto; modernamente, considera-se a atividade de aplicação da lei como de função criadora, em face do caráter abstrato do preceito legal em sua formulação genérica. Recebeu também críticas no que tange à consideração de

que a atividade específica da jurisdição seria a da realização ou aplicação do direito objetivo. Também particulares e demais poderes estatais desenvolvem atividade realizadora no ordenamento jurídico; se a função do Poder Judiciário fosse a de realizar o ordenamento jurídico, não se compreenderia que sua atividade necessitasse sempre de um impulso inicial dos particulares, pois não seria compreensível que o Estado organizasse um Poder especial com a função de realizar o direito objetivo e confiasse aos particulares a faculdade de fazê-lo atuar (SILVA, 1991, p. 20-21).

Allorio sustentou que a essência do ato jurisdicional está na aptidão para produzir a coisa julgada. A forma do processo declaratório mais a coisa julgada como seu resultado definem a jurisdicionalidade do processo; não havendo coisa julgada, como na jurisdição voluntária, não há verdadeira jurisdição. Calamandrei e Liebman mostraram-se também defensores da idéia de que apenas a função declarativa é verdadeira jurisdição (1991, p. 21-23).

Para Frederico Marques, em consonância com os anteriores, os órgãos da administração pública que funcionam com atribuições julgadoras, mormente na esfera da atividade financeira e tributária do Estado, estão investidos tão-só de poderes quase-jurisdicionais. Suas decisões podem ser objeto de novo exame pelo Judiciário, em virtude do que dispõe o art. 141, § 4º, da CF; faltando-lhes o que no direito americano se denomina de *final enforcing power*, que é privativo do Judiciário. Só este, numa lide ou situação contenciosa, dita a palavra última ou profere decisão definitiva, porque apenas a magistratura tem, em sua plenitude, o poder de julgar e de tornar efetiva a vontade concreta da lei (MARQUES, 1958, p. 262-263).

As críticas levantadas contra tal doutrina são: i) considerando-se como ato jurisdicional apenas o processo chamado declarativo, em que haja a produção de coisa julgada, ficariam excluídos da jurisdição

todos os processos executivos e de jurisdição voluntária; ii) mesmo no processo declarativo ou de conhecimento, inúmeros são os exemplos em que a sentença não é apta para produzir coisa julgada, como no caso do processo cautelar (SILVA, 1991, p. 22-23).

Por fim Carnelutti, que entende ser a jurisdição a justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, por intermédio da qual o juiz *dicit ius*, daí porque não haveria jurisdição no processo executivo. Logo, a jurisdição pressupõe um conflito de interesse, qualificado pela pretensão de alguém e resistência de outrem. Jurisdição pressupõe lide.

O vício da doutrina carneluttiana, como concluiu Ovídio Baptista, reside em procurar definir o ato jurisdicional indicando não o que ele é, mas aquilo a que ele serve. A Jurisdição é uma das funções decorrentes da atividade executiva do poder judiciário e do poder executivo propriamente dito. Ambas procuram, de modo geral, elaborar norma com caráter individual ou individualizar a norma (SILVA, 1991, p. 24).

Com freqüência tem-se atribuído a função jurisdicional ao poder judiciário primordialmente, o que se constitui falta, já que, na atividade executiva propriamente dita, os órgãos da administração praticam com freqüência atos jurisdicionais.

A separação entre o poder judiciário e o chamado poder executivo ocorre num grau comparativamente limitado; a função judiciária é constituída também pela execução de normas gerais. Não é sem razão, em face do uso excessivo dos tribunais para resolução de controvérsias, que o Estado norte-americano adotou um programa de remoção de categorias inteiras de ações dos tribunais com sua conseqüente transferência para competência da autoridade administrativa. A transferência é justamente possível na medida em que as funções de ambas sejam idênticas (KELSEN, 1998, p. 391-393).

Outro elemento tênue de distinção é no que se refere aos executores das normas. Os

juízes geralmente são independentes, estando sujeitos somente à observação das normas jurídicas. Além das ações vinculadas à lei, as autoridades administrativas não possuem tal grau de independência, em face de sua situação hierárquica.

Em Kelsen:

Se a Constituição prescreve que nenhuma interferência no patrimônio, na liberdade e na vida do indivíduo pode ocorrer sem o “devido processo de Direito”, isso não acarreta necessariamente um monopólio da função judiciária pelos tribunais. O processo administrativo no qual é exercida uma função judiciária pode ser formado de tal modo que corresponda ao ideal de “devido processo de Direito” (KELSEN, 1998, p. 398).

À guisa de ilustração, cabe ainda trazer à lume Dinamarco, que atribui grande importância ou preponderância metodológica à jurisdição – ao invés de preferir a ação ou o processo; esse comportamento decorre da preconizada visão publicista do sistema, ou seja, a jurisdição é entendida como um instrumento do Estado, usado para o cumprimento de seus objetivos (DINAMARCO, 1993, p. 81). Lembra Dinamarco em suas conclusões que a jurisdição não é um poder, mas umas das expressões do poder estatal que por sua vez é uno. Conseqüentemente, não se justificaria a busca obstinada de diferenças substanciais entre ela e as outras manifestações desse poder – administração, legislação; as diferenças são funcionais e metodologicamente mais úteis, da essência do conceito de poder e dos desdobramentos que daí decorrem, “[o] que distingue a jurisdição está nas suas características externas, representadas pelos objetivos em razão dos quais é exercida e pelo seu exercício sempre ligado a casos concretos: tal é a ‘perspectiva funcional da jurisdição’” (1993, p. 315).

Ao cabo, a dedução de que jurisdição é o poder, função, atividade, praticada pela autoridade estatal, em substituição às partes,

na condição de terceiro imparcial, aplicando a lei ao caso concreto.

3. *Os limites da Jurisdição nacional*

O Estado submete à sua Jurisdição todos os fatos que lhe são pertinentes. A pertinência de um fato não é um elemento necessariamente posto. Em algumas ocasiões, a legislação do Estado explicita que determinadas situações devem estar submetidas à Jurisdição local. Contudo, não proíbe que outras situações, que não postas pelo ordenamento jurídico, sejam objeto de legislação específica que as torne obrigatoriamente submetidas ao jugo da função jurisdicional local.

Se por tresloucado ato o legislador de um determinado Estado editasse norma com objetivo de reger as relações em um terceiro país, explicando em seus motivos que os elementos que incentivaram a edição da norma centram-se em determinados fatos considerados relevantes para este determinado Estado e observados os requisitos legais de validade, para aprovação, posterior promulgação e publicação da norma, nada obstaría tal ação¹.

O adjetivo tresloucado representa bem a ação conduzida pelo legislador. Mesmo que teoricamente tal ação seja possível, não guarda razão em função da realidade e dos interesses do Estado. Um exercício simples, de considerações de ordem prática, pode demonstrar a completa ineficácia de uma ação jurisdicional extensiva. Não se olvide, por fim, do dever da não-interferência nos assuntos internos de outros Estados, consagrado no Direito Internacional² positivo, consuetudinário e jurisprudencial.

Para Liebman:

O mesmo interesse próprio bem entendido, adicionado a evidentes considerações de ordem prática, conduz o Brasil a desinteressar-se de todas as controvérsias não relevantes para a própria ordem jurídica, e a recusar-se, conseqüentemente, a atri-

buir a seus órgãos judiciários a tarefa de ter conhecimento das mesmas. Qualquer forma de autolimitação de cada país na extensão que atribui à própria jurisdição é o pressuposto da possibilidade de reconhecer o exercício das jurisdições estrangeiras. Daí admitir em certas condições, no seio do próprio ordenamento, a eficácia das sentenças pronunciadas pelos tribunais estrangeiros (LIEBMAN, 1976, p. 16).

Incumbe ao Estado o estabelecimento da amplitude e das limitações do seu ordenamento jurídico, tanto no âmbito espacial nacional como no internacional. O problema do limite da atuação jurisdicional de um determinado Estado pode ser solucionado de maneira expressa, por determinação direta, quando o ordenamento jurídico de um determinado país aponta quais as causas que a ele estão sujeitas. Ou de maneira contrária, por intermédio de um sistema de determinação indireta, em que é o trabalho de dedução hermenêutica que irá estabelecer a extensão jurisdicional.

O Estado é ordem da conduta humana, chamada de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia à qual os indivíduos adaptam sua conduta, existindo um só conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada (KELSEN, 1998, p. 271-272). Sendo uma forma específica de organização, tem seus fins que são políticos. Contudo, não está sozinho, inúmeras são as organizações conformadas em Estados com os mais diferentes fins políticos, restando, portanto, a possibilidade de existirem conflitos de interesses na atuação destes. A necessidade de convivência pacífica na ordem internacional impõe limites para atuação e execução dos fins de qualquer Estado.

Esse limite é dado geralmente pela circunscrição territorial de um dado Estado. Porém, de modo absoluto, os limites são informados pela legislação interna de cada país. A jurisdição como ação estatal em subs-

tituição à ação privada das partes na distribuição da vontade concreta da lei é uma das manifestações do poder estatal soberano, portanto, um fim do Estado. Assim, cada Estado fará atuar sua jurisdição nos limites de sua legislação interna.

Logo, os limites jurisdicionais de atuação do Estado são dados por sua própria ação, positivada na regra jurídica; esta, de modo geral, instituída em função dos interesses que tem o Estado, em consideração aos seus pares – os demais Estados que compõem a comunidade internacional –, em razão de tratados e convenções internacionais, e nas suas próprias limitações para impor suas decisões.

Greco Filho enumera limitações de ordem política e técnica à atuação da jurisdição, são elas: i) casos de atuação anômala de órgãos não jurisdicionais; ii) casos de exclusão da jurisdição brasileira em virtude de imunidade diplomática; iii) os limites negativos de competência internacional; iv) os casos de contencioso administrativo; v) compromisso arbitral (GRECO FILHO, 1995, p. 169). De qualquer maneira, os limitadores citados por esse processualista estão contemplados na classificação que distingue auto e heterolimitações³.

Quando, lembra Guido Soares, determinadas disposições legais do próprio sistema legal limitam a abrangência espacial da jurisdição estatal, ocorre a denominada autolimitação. Na hipótese de o limite advir de um outro sistema legal situado fora do ordenamento jurídico de um determinado sistema legal, considerado a ele superior, ocorre a chamada heterolimitação (SOARES, 1984, p. 18).

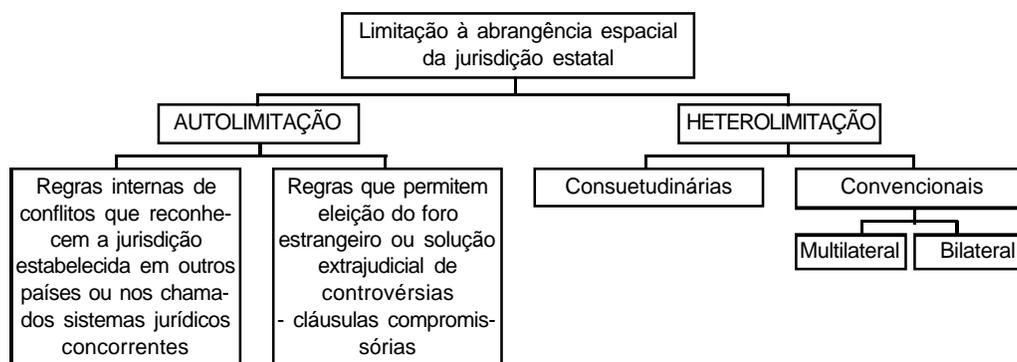
A autolimitação pode apresentar-se sob duas formas: i) a primeira decorre de regras internas de conflitos que reconhecem a jurisdição estabelecida em outros países – são as chamadas regras sobre competência judiciária internacional. Ainda, ocorre autolimitação nos chamados sistemas jurídicos concorrentes com o sistema estatal – normas do sistema religioso, normas estaduais

e municipais; ii) a segunda decorre de regras internas que permitem a escolha da jurisdição estatal – cláusula de eleição de foro estrangeiro – ou jurisdição construída pelas partes – cláusulas compromissórias e o compromisso (1984, p. 18-19).

A heterolimitação da jurisdição estatal é decorrente das normas de DI que consagram elementos que tolhem a ação livre do poder soberano do Estado. Nesse sentido são as

fontes do Direito Internacional moderno⁴ que podem informar uma eventual limitação da jurisdição estatal. Obviamente que as fontes consuetudinárias e convencionais são as mais destacadas formas de limitação da liberdade da jurisdição estatal. Esta pode ainda ser de natureza multilateral – v.g., Convênio de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 – ou bilateral (SOARES, 1984, p. 18-19).

Fluxograma referente à limitação para a abrangência espacial da jurisdição estatal



4. A competência internacional

No âmbito interno, a competência fixa critérios para distribuição das demandas aos diversos juízos. Todos os juízos possuem jurisdição, contudo, em medidas diferentes. “Como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, una. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição” (THEODORO JÚNIOR, 1995, p. 153). Nesse sentido a clássica conceituação de competência como sendo a medida da jurisdição.

Os inúmeros elementos relacionados em determinada demanda é que determinam a competência de um determinado juízo. São

exemplos: local do domicílio do réu, valor atribuído à demanda, matéria da demanda, lugar em que se encontra o imóvel. Teoricamente, como já foi afirmado, a jurisdição não encontraria limites territoriais. Contudo, o princípio da efetividade, entre outros elementos, torna a ação jurisdicional limitada à possibilidade de lograr seu objetivo.

O ordenamento jurídico nacional fixa os critérios de sua competência jurisdicional, enumerando as causas, das quais a autoridade judicial deva conhecer.

Em algumas demandas, a jurisdição brasileira se considera competente, não excluindo a possibilidade de que outra jurisdição assim também o considere. Nesta hipótese, trata-se de competência internacional concorrente que está arrolada no

art. 88 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC)⁵. Se apreciada por outra jurisdição que não a brasileira, restará a necessidade de homologação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos termos do seu Regimento Interno e do art. 483 do CPC.

A competência exclusiva da justiça brasileira aparece no art. 89 do CPC⁶, que exclui a de qualquer outro país. Se um Estado outro exercer suas funções jurisdicionais sobre o fato, o STF não homologará a sentença estrangeira, sendo inadmitida, por parte do ordenamento jurídico brasileiro, a partição da competência.

Quando o CPC fala em competência internacional, está não apenas falando em competência, mas também em limites de jurisdição interna, jamais em jurisdição internacional.

5. Os elementos de Estado e o território como unidade jurídica

Constituindo-se elemento integrante da soberania estatal, a jurisdição é geralmente exercida nos limites territoriais do país. Lembra Kelsen que a doutrina tradicional distingue três elementos do Estado: seu território, seu povo e seu poder, admitindo-se que seja da essência do Estado ele ocupar certo território delimitado. Contudo, o território de um Estado não tem de consistir necessariamente em uma porção de terra. Tal território é designado com território “integrado”. Muitas vezes pertencem ao mesmo território do Estado partes do espaço que não são fisicamente contíguas, mas separadas entre si por territórios pertencentes a outro Estado ou a nenhum Estado. O elemento que une essas áreas geograficamente separadas forma uma unidade apenas na medida em que uma mesma ordem jurídica seja válida para todas elas. O território do Estado é o espaço jurisdicional dentro do qual os seus órgãos estão autorizados, pelo Direito Internacional, a executar a ordem jurídica nacional (KELSEN, 1998, p. 299-300).

O território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado. Essas ordens normativas designadas Estados caracterizam-se precisamente pelo fato de suas esferas territoriais de validade serem limitadas. Isso as distingue das outras ordens sociais, tais como a moralidade e o Direito Internacional, que se pretendem válidas onde quer que vivam seres humanos (Idem, *ibidem*).

No sentido restrito, o território do Estado é o espaço onde ele está autorizado a colocar em prática atos coercitivos, um espaço do qual estão excluídos todos os outros Estados. É o espaço para qual apenas uma determinada ordem jurídica está autorizada a prescrever atos coercitivos estipulados por essa ordem, é o limite físico determinado pelas fronteiras do Estado. Em outras áreas onde todos os Estados têm permissão para executar atos coercitivos, com certas restrições, reconhece-se um sentido amplo para o território. Tais áreas são o alto-mar e os territórios que têm o caráter de terra de Estado algum por não pertencerem juridicamente a nenhum Estado⁷. São um espaço onde as esferas territoriais de validade das diversas ordens jurídicas internacionais se interpenetram (KELSEN, 1998, p. 304-305).

Em princípio, os Estados são impenetráveis, ou seja, a ordem jurídica nacional tem validade exclusiva para o território em que é gestado, estando todos os indivíduos sujeitos ao poder coercitivo do Estado. Contudo, “[a] validade exclusiva de uma ordem jurídica nacional, segundo o Direito internacional, entende-se apenas até onde essa ordem é, como um todo, eficaz, ou seja, até onde os atos coercitivos previstos por essa ordem são efetivamente postos em prática” (1998, p. 307).

Há muito, o princípio absolutista da competência por exclusão passou a ser repellido pelos Estados democráticos, sendo a eficácia um importante limitador para extensão da legislação interna para fatos ocorridos fora dos seus limites territoriais.

6. *Jurisdição internacional*

Em Direito processual, logo, no ambiente interno, a terminologia ‘Jurisdição’ remete à interpretação literal, “dizer, ditar o direito”; a expressão, quando transferida para o Direito Internacional, amplia-se, significando o exercício exclusivo de todas as competências, executivas, legislativas e judiciárias⁸ (LOPES, 1959, p. 387), dentro de um limite territorial dado. Jurisdição se refere ao poder que o Direito Internacional confere ao Estado de legislar, administrar e julgar.

Ligada à idéia de território, a jurisdição contemporânea, para Pontes de Miranda, “[d]esborda dos limites que lhe traçariam (e lhe traçaram) as nacionalidades e dos que nasceriam (e existem) das desigualdades de tratamento jurisdicional dos homens, dentro do mesmo Estado” (1947, p. 83).

É, ainda, um elemento constitutivo da idéia de soberania, que é elemento constitutivo do Estado. Como tal, a soberania manifesta-se quando o Estado age na esfera internacional na presença de seus pares, e quando faz valer sua vontade no ambiente interno, sem que para tanto dependa de qualquer outra vontade.

A expressão “jurisdição internacional” não parece de todo adequada para definir a atuação do Estado frente a fatos que têm algum elemento de estraneidade e que ao mesmo tempo possuam elementos de conexão que a legislação interna aponta como relevantes, mandando atuar a lei nacional. A jurisdição internacional parece circunscrita a determinados órgãos como a Corte Internacional de Justiça, dentro de determinadas posturas dos Estados que aceitam e reconhecem o poder da Corte.

No prefácio à segunda edição portuguesa da obra de Brierly, *Direito Internacional* (BRIERLY, 1979), o professor Afonso Rodrigues Queriró, alertado por um internacionalista brasileiro, assim refere-se à terminologia *jurisdiction* quando vertida para a língua portuguesa:

A tradutora e nós próprios hesitamos sobre se não seria de aproveitar a oportunidade de uma nova edição para se refazer o texto português do capítulo sexto, relativo à “Jurisdição do Estado”, passando a verter o termo inglês *jurisdiction*, ora por jurisdição ora por competência (conforme se tratasse da faculdade ou poder estadual de julgar ou executar os julgados ou da generalidade dos poderes em que se analisa, digamos sem rigor, a soberania estadual), atendendo, assim, sugestão que nos foi feita por um distinto internacionalista brasileiro. Resolveu-se manter a posição inicialmente tomada, pois não só se não encontra fixada uma terminologia portuguesa nessa orientação, nos dois lados do Atlântico, como se correria o risco de, aqui ou além, atraiçoar o sentido em que aquele termo é utilizado no original inglês. Ao leitor continua a deixar-se, por conseguinte, o cuidado de distinguir os passos em que o termo jurisdição se refere ao poder que ao Estado o direito internacional confere de legislar, administrar e julgar e aqueles outros em que ele alude restritamente ao poder estadual de julgar (QUEIRÓ Apud BRIERLY, 1979).

Tal constatação reforça um cuidado necessário ao tratar do tema. Quando, v.g., Mann faz alusão à *international jurisdiction*, estaria referindo-se a jurisdição internacional propriamente dita ou a competência internacional? Dentro do contexto de seu trabalho, refere-se a competência⁹.

Em definitivo, “[a] jurisdição implica exclusividade e permanência”, como lembra Pontes de Miranda, “[s]alvo se o Estado permite outra jurisdição, ou foi, de fato ou de direito, privado de parte do seu território” (MIRANDA, 1974, p. 172).

Logo, não pode haver jurisdição internacional, atuada por parte de qualquer Estado, já que não se imagina um deter-

minado Estado atuando de forma permanente e exclusiva frente a seus pares na órbita internacional. No jargão latino, *par in parem non habet iudicium*.

Muito importante, nesse sentido, é observar que, na medida do tempo, os tribunais nacionais dos diversos países construíram uma doutrina baseada na flexibilização da idéia de imunidade absoluta do Estado. Tal ocorreu com base na distinção entre atos emanados do Estado com características *iure gestionis* e atos manifestamente *iuri imperii*.

Os primeiros seriam atos que, embora públicos no sentido de advirem do Estado, divergem dos atos de soberania típicos do Estado. São, por exemplo, as ações comerciais praticadas pelo Estado na órbita internacional. Enquanto os segundos manifestam o poder soberano do Estado em essência. Muitas alegações foram catalogadas em inúmeras lides judiciais discutindo esses elementos. Os Estados estruturados sob o modelo de economia planificada, *v.g.*, em inúmeras oportunidades manifestaram a opinião de que significativas diferenças nos objetivos estatais não permitiam estabelecer essa classificação. Nesse sentido, a distinção perde um pouco da utilidade. De qualquer maneira, a tendência atual é de restringir a imunidade absoluta do Estado em relação aos seus pares.

De qualquer maneira, independente da digressão explicativa, segue a idéia de que o país tem suas forças jurisdicionais limitadas; “[a]ssim, e isso é obvio, as leis de um País não possuem força ou valor jurídico, senão dentro do próprio território do Estado que as ditou, e nenhuma outra Nação ou súditos seus estão obrigados a obedecer outras leis que não as em face das quais se encontrem numa relação de dependência” (LOPES, 1959, p. 387).

Contudo, em algumas hipóteses, a jurisdição pode ser estendida além dos limites de um país, objetivando tutelar bens considerados importantes para um Estado. Nesta hipótese, estamos diante da “competência”

internacional estatal, e não da jurisdição internacional como se poderia pensar. *V.g.*, para que a jurisdição brasileira atue em determinada causa, faz-se necessário primeiro atuar os arts. 88 a 90 do CPC, que delimitam a jurisdição brasileira diante do poder jurisdicional das instituições judiciárias de outros Estados. Se uma determinada causa não possuir nenhum elemento de conexão ligando-o com a jurisdição brasileira, nenhum tribunal brasileiro será competente para apreciar aquela determinada causa. Naqueles artigos estão estabelecidos quais as lides, estabelecidas segundo critérios de efetividade e conveniência, estarão sujeitas ao poder jurisdicional nacional.

Tem o Estado a possibilidade de regradar quaisquer atos que considere merecedores da tutela normativa estatal, assim, normas que visem tutelar os seus interesses, tal não outorga ao Estado a possibilidade de editar regras e posteriormente subsumi-las a esses determinados interesses, sem conseqüências graves para as relações entre os membros da comunidade internacional. Nesse sentido, a coerência restringe a atuação legislativa ao território do Estado¹⁰.

7. Os direitos e deveres do Estado na órbita internacional: o dever de não-intervenção

O Direito Internacional consagra uma série de direitos que são decorrentes da própria existência dos Estados como sujeitos do Direito Internacional. Autopreservação, igualdade, liberdade, independência, supremacia territorial e pessoal, jurisdição, reputação, entre outros, são apontados como direitos dos Estados. Alguns são considerados fundamentais ou inatos, outros são secundários ou conseqüentes.

Segundo as idéias adotadas nos séculos XVIII e XIX, sustentadas ainda hoje por muitos autores, os direitos e deveres fundamentais que o Estado possui não são estipulados pelo Direito Internacional consuetudinário geral ou por tratados internacio-

nais, como são os outros direitos e deveres dos Estados, mas se originam da natureza do Estado ou da comunidade internacional. Esses direitos e deveres fundamentais possuiriam, segundo aquelas idéias, uma significação mais ampla e profunda que as regras positivas ordinárias do Direito Internacional, do qual são, em boa parte, a base ou fonte última e possuem uma força de obrigatoriedade maior (KELSEN, 1998, p. 355).

Para Kelsen, a idéia de que os Estados têm direitos e deveres fundamentais é a aplicação da doutrina do Direito natural à relação entre Estados; sustentar a teoria dos direitos fundamentais argumentando que, em qualquer ordem jurídica, é preciso distinguir os direitos estipulados por essa ordem dos princípios pressupostos por essa ordem é apenas dar uma outra versão à doutrina do Direito Natural (Idem, *ibidem*).

Os chamados direitos fundamentais do Estado, segundo Verdross, são princípios jurídicos que constituem as condições para que o Direito Internacional seja possível; os princípios jurídicos sobre os quais é construído o Direito Internacional. Em outros termos, os direitos fundamentais dos Estados podem ser deduzidos a partir da natureza do Direito Internacional¹¹. Essa doutrina é a mesma que diz que os direitos fundamentais dos Estados são “a base ou fonte última” do Direito Internacional positivo e que possuem, portanto, “uma força de obrigatoriedade maior” que as outras regras do Direito Internacional (KELSEN, 1998, p. 355-356).

Kelsen considera equivocado tanto o posicionamento defendido pela doutrina clássica – séculos XVIII e XIX – como o apresentado por Verdross, já que princípios jurídicos nunca podem ser pressupostos por uma ordem jurídica; eles apenas podem ser criados por essa ordem jurídica, pois eles são “jurídicos” única e exclusivamente porque são estabelecidos por uma ordem jurídica positiva. O direito positivo e o costume seguem princípios gerais, que são ordenados em função do contexto que os funda. Contudo, esses princípios são morais

ou políticos, e não jurídicos. Os princípios jurídicos não são fonte ou base da ordem jurídica, pelo contrário, a ordem jurídica positiva é sua fonte ou base (1998, p. 356).

Em resumo, os direitos e deveres fundamentais do Estado são fundamentais somente se estipulados pelo Direito Internacional. O direito à “igualdade”, por exemplo, assinalado como um importante direito fundamental dos Estados, na ótica de Kelsen, deve ser lido como se todos os Estados tivessem igual capacidade para serem responsabilizados por obrigações e para serem aquirentes de direitos; não significando “[i]gualdade de direitos e deveres, mas antes igualdade de capacidade para deveres e direitos”. A igualdade é o princípio segundo o qual, para aquele autor, Estados possuem idênticos deveres e direitos, sob as mesmas condições. Equivalendo ao princípio da legalidade, ou seja, o princípio de que as regras de Direito devam ser aplicadas em todos os casos em que, segundo o seu conteúdo, devam ser aplicadas. “Os Estados são ‘iguais’ perante o Direito internacional, já que estão igualmente sujeitos ao Direito internacional, e o Direito internacional é aplicável igualmente aos Estados” (1998, p. 361-362).

O princípio da não-intervenção, indicado como inerente ao princípio da igualdade, é também considerado como fundamental dentro do Direito Internacional e conseqüentemente nas relações internacionais levadas a efeito pelos sujeitos membros desta esfera. O ditame proibitório da intervenção não nasce isoladamente dentro do estado de natureza que faticamente se apresentava nas relações internacionais; decorre e interliga-se com os princípios da igualdade soberana dos estados e da não utilização da força nas relações internacionais, sendo que todos os três, em conjunto, teriam o escopo de assegurar uma tranquilidade para os Estados.

É primeiramente referido no direito internacional clássico impulsionado por concepções jusnaturalistas; Grócio – 1625, *De iur*

Belli ac Pacis – considerava o princípio ligado ao da soberania, sendo admissível a intervenção na hipótese de que a guerra pudesse ser tida como justa; Pufendorf – *De Iure Naturae et Gentium* – excepcionava a intervenção por razões de humanidade; Wolff – *Institutiones Iuris Naturae et Gentium* – identificava a proibição da intervenção como pilar das Relações Internacionais, sendo inadmissível a intervenção, que só legitimaria a força. Vattel – 1758, *Le Droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains* – concebeu uma teoria mais pragmática do princípio da não-intervenção, já que a guerra era considerada lícita dentro de condições formais a serem preenchidas, condescendo a ingerência por aspectos de humanidade, e sobretudo para a preservação de crenças religiosas (CASTRO, 1995, p. 291-292).

Kant – 1795, *Zum Ewigen Frieden* – enumera seis leis que considera importantes para obtenção da paz perpétua, algumas *leges prohibitivae* outras *leges strictae* – estas últimas não são exceções às primeiras, mas considerações quando da aplicação das leis proibitivas. A não-intervenção surge como a quinta lei enumerada por Kant em que “[n]enhum Estado deve imiscuir-se com o emprego da força na constituição e no governo de outro Estado” (KANT, 1989, p. 29-31). A exceção ao princípio pauta-se no fato de existirem litígios internos dentro de um Estado:

A isso não se poderia concluir se um Estado se desmembrasse em duas partes por desunião interna, em que cada uma representa-se para si um Estado particular que reivindicasse o todo, onde não se poderia ser considerado uma intromissão na constituição do outro prestar a um deles assistência por um Estado externo (pois há então a anarquia) (p.29).

A doutrina, bem como a jurisprudência, identifica três regras de natureza consuetudinária, formadoras do princípio. A pri-

meira é a que proíbe um Estado de intervir nos assuntos internos de outro; a segunda proíbe um Estado de apoiar, dentro do seu território, atividades prejudiciais a outro Estado; e a última proíbe a um Estado, na hipótese de conflito civil em outro Estado, o apoio aos insurretos.

Um dos mais significativos casos nesse sentido é o julgamento do *case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua – Nicaragua v. United States of America* – de 27 de junho de 1986. Nesta ação movida pela República da Nicarágua ante a Corte Internacional de Justiça, reconheceram os juízes a inconsistência das alegações de legítima defesa coletiva sustentada pelos Estados Unidos em relação às atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua; entenderam os julgadores que os EUA treinaram, armaram, equiparam, financiaram e suprimam ou de qualquer outra maneira encorajaram as forças militares e paramilitares a atacar a República da Nicarágua, violando a obrigação imposta pelo Direito Internacional consuetudinário de não intervir nos assuntos de outro Estado; reconheceram que indubitavelmente os EUA efetuaram ataques no território da Nicarágua nos anos de 1983 e 1984, a saber, Puerto Sandino (set/83), Corinto (out/83), Base Naval Potosi (jan/1984), San Juan del Sur (mar/84), ataque a barcos patrulheiros em Puerto Sandino (mar/84), San Juan del Norte (abr/84), além de outros atos referidos que envolveram o uso de força contra a República da Nicarágua, violando a obrigação imposta pelo DI consuetudinário de não usar a força contra outro Estado, de não violar a soberania de outro Estado, de não intervir nos negócios de outro Estado interrompendo a tranquilidade do comércio marítimo, entre outras violações do Direito Internacional¹².

Além disso e antes mesmo de a jurisprudência – obviamente não foi a primeira a fazê-lo, contudo destaca-se em face da notoriedade¹³ – reconhecer a existência de um dever de não intervir ou de um direito de

não sofrer intervenção, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) já havia consagrado em seu art. 2º, § 7, o princípio, no mesmo sentido a carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) em seu art. 18º.

Certamente que as duas conflagrações mundiais, a ameaça nuclear, a Guerra Fria, as incontáveis violações do princípio da não-intervenção¹⁴ inculcaram um aparente terror entre as nações¹⁵, que viveram longo período sob a égide do medo da guerra total. Esse terror contribuiu para o estabelecimento de parâmetros mais sólidos para manutenção da estabilidade internacional. Nesse sentido a Assembléia Geral da ONU, utilizando-se de Resoluções, deu novos aportes que ampliavam, explicavam e tornavam mais lúcidos os elementos integrados ao princípio da não-intervenção contido na Carta da ONU¹⁶, que ganhou contornos claros e significativos.

Apesar da precariedade da comunidade internacional¹⁷ (KELSEN, 1989, p. 358-359) – do ponto de vista da ausência de uma centralização em sua organização e de uma autoridade superior, e da impossibilidade de assegurar eficácia nas sanções contra os Estados –, a existência do princípio da não-intervenção assegurou e assegura um mínimo de equilíbrio para as relações internacionais, que de outra forma estariam submetidas à completa barbárie, ao darwinismo. Pode parecer ingênua a afirmação em face das constantes e perenes agressões praticadas no seio da comunidade internacional, caracterizando o completo desrespeito aos princípios positivo-consuetudinários que a regem. Contudo, a rede institucional formada pelas organizações internacionais, notadamente no sistema ONU, serve de arrimo aos Estados.

A via institucionalista surge justamente como crítica ao neo-realismo – indigitada como responsável pelo suporte teórico que conduz as ações dos Estados centrais, na “produção” da desordem mundial; enquanto esta aposta na sobrevivência do Estado por seus próprios meios, nas políticas de

segurança, na dificuldade cooperativa entre os Estados e na propositada diminuição da capacidade de sobrevivência dos demais, aquela acredita nas instituições como forma de tornar as relações interestatais mais precisas, implementando cooperação e administrando os conflitos, oferecendo ganhos relativos para todos, minimizando os efeitos da desordem mundial¹⁸.

Nos anos recentes, observou-se uma flexibilização do conceito de não-intervenção, uma nova roupagem construída em torno dos Direitos Humanos. A chamada “ingerência humanitária”¹⁹ (JAUDENES, 1996, p. 36). Pergunta-se Canotilho se seria razoável decretar o fim do legado *westfaliano* e do sistema internacional concebido como um sistema horizontal interestatal baseado na igualdade soberana dos Estados. Os defensores deste novo *standard* acreditam que sim, que já se pode ter um constitucionalismo global assentado sobre os direitos humanos, sugerem a adoção de novos padrões de conduta dos Estados, que constituem valores universais, e que são conseqüentemente limitadores da soberania (1995, p. 5-6).

Parte desses valores – que têm pretensão de serem universais e superiores aos Estados – aparecem em recentes Resoluções da ONU, manifestados como “nova ordem humanitária internacional”, “corredores de urgência humanitária”, “direito de passagem sanitária”²⁰.

Enfim, independente da digressão mais avançada do princípio, trata-se de um princípio jurídico do Direito Internacional – ótica kelseniana –, já que reconhecido tanto consuetudinária, jurisprudencial e convencionalmente pelos sujeitos do Direito Internacional. Logo, seu desrespeito implica sanções.

8. A ação legiferante e a ação executiva do Estado em relação à órbita internacional

Apesar de existirem elementos bastante significativos dentro do Direito Inter-

nacional que limitariam ou mesmo impediriam um Estado de conduzir-se de modo a interferir nos negócios de outro Estado, no sistema atual, sob o qual está estruturada a comunidade internacional, não parece haver limitação para que um Estado legisle de modo a criar normas com a pretensão de serem observadas por outros Estados nos seus negócios internos.

Depreende-se dos fatos que não existem restrições de qualquer natureza que limitem a atuação de determinado Estado no que tange à produção de norma. Não há também, restrições para que determinado Estado submeta à sua jurisdição qualquer ato ou fato que entenda pertinente e passível de julgamento.

Nesse sentido, o julgamento da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) do ano de 1927 e o referido caso *Lotus*. Não é outra a opinião de Kelsen, este lembra que, no caso *Lotus*, ficou estabelecido que não existe nenhuma regra que proíba um Estado de exercer jurisdição sobre um estrangeiro no que diz respeito a uma infração cometida fora de seu território (1998, p. 303).

No ano assinalado, um paquete francês de nome *Lotus* colidiu em alto-mar com o cargueiro turco *Boz-Kourt* na rota Istambul. Este acabou naufragando e provocando a morte de oito passageiros. A requerimento da promotoria de Istambul, os comandantes de ambos os navios foram presos. O acusado francês argumentou que os turcos não eram competentes para julgar o caso, o que foi refutado em todas as instâncias, sendo ambos os comandantes condenados por homicídio culposo. Um acordo diplomático acabou por remeter à CPJI o julgamento do feito, com objetivo de dirimir o conflito de jurisdição. A França advogava ante a CPJI que, para o exercício da competência jurisdicional internacional, a Turquia deveria comprovar que a sua competência se baseava em um título de competência que o Direito Internacional reconhecia a seu favor. O Estado turco, de modo contrário, defendia a idéia de que poderia exercer sua compe-

tência até onde esta não conflitasse com um princípio de Direito Internacional (FARIA, 1990, p. 23).

Munida dos argumentos de ambas as partes, a CPJI começou lembrando que: i) as restrições à soberania não se presumem; ii) os Estados estavam obrigados a respeitar a soberania uns dos outros, não podendo exercer atos de jurisdição sobre o território alheio; iii) quanto ao exercício jurisdicional em seu próprio território, estão os Estados em princípio livres, o que inclui a possibilidade de editar regras para situações de fato ocorridas no estrangeiro; iv) a jurisdição somente estaria limitada se existisse uma norma de Direito Internacional que lhes restringisse tal competência como regra geral (Idem, *ibidem*). “[A] determinação do âmbito de aplicabilidade das normas de seu próprio ordenamento é uma forma típica do exercício dos direitos de soberania próprios. Existe, portanto, uma presunção em favor da liberdade dos Estados” (Idem, *ibidem*).

De modo diverso ocorre em relação à execução de qualquer ato proferido no âmbito interno de um Estado que tem pretensão de ver o fato positivado, sendo acatado em outro Estado; tal situação de modo geral é inviável. Primeiramente, em face da necessidade de colaboração institucional, legal e instrumental para que determinada prestação jurisdicional seja realizada além do território. Em segundo lugar, como argumento mais relevante, o Direito Internacional demarca as órbitas territoriais de validade das diversas ordens jurídicas nacionais, considerando ilegal a intervenção de qualquer natureza nos interesses de um Estado soberano, conforme acima descrito. Trata-se, como argumento derradeiro, do direito que possui o Estado de não ter sua esfera de validade jurisdicional invadida pela vontade executória de um terceiro Estado.

Assim, em Kelsen:

A limitação da esfera de validade da ordem coercitiva chamada Estado a um território definido significa que

as medidas coercitivas, as sanções, estabelecidas pela ordem, têm de ser instituídas apenas para esse território e executadas apenas dentro dele. Na verdade, não é impossível que uma norma geral ou individual da ordem jurídica de um determinado país prescreva que um ato coercitivo deva ser efetuado dentro do território de outro Estado, e que um órgão desse primeiro Estado deva executar essa norma. Mas se tal norma fosse decretada ou executada, a decretação da norma e a sua execução, ou seja, o cumprimento do ato coercitivo dentro do território de outro Estado, seriam antijurídicas (1998, p. 300).

Nesse sentido, os Estados teriam liberdade para legislar sobre qualquer assunto, assim estendendo sua jurisdição para aplicar a qualquer fato ou ato que entendessem pertinentes. As limitações à atividade legislativa decorrem da própria vontade estatal, que pode-se autolimitar com base nos interesses que possui, com base em tratados ou convenções ratificados, ou mesmo em função da observação pragmática da realidade que limita a atuação legiferante do Estado. A essa pretensão tentativa de editar regras que valham além dos limites jurisdicionais de atuação do Estado atribui-se, ocasionalmente, o nome de “extraterritorialidade” ou “exterritorialidade”²¹.

A competência executiva que autoriza a prática de atos de execução, ou seja, atos materiais, concretos, tendentes a garantir a eficácia concreta do direito, de modo geral, rege-se pela regra territorial, sendo proibida a ação de um Estado dentro dos limites de atuação jurisdicional de outro. No que tange à competência legislativa e judiciária, não restam dúvidas sobre a liberdade do Estado para editar e até mesmo julgar norma que em seu conteúdo possua elementos que impliquem contato com fatos alienígenas.

Por conseguinte, mesmo que o Estado edite norma com aquele intuito, ao aplicar essa norma não poderá ultrapassar seu

limite territorial para fazer concreta a norma individualizada. Nesse sentido, a ação consuetudinária internacional, os tratados internacionais e a legislação interna da maioria dos países reconhecem elementos de cooperação internacional, entre eles: a extradição, as cartas rogatórias e o reconhecimento de sentenças estrangeiras, dando azo a uma pretensão justiça universal, idéia já construída no âmbito penal.

Contudo, como visto, a efetivação das decisões – leia-se execução – não se faz facilmente, tornando-se inócuas se ausentes os elementos de cooperação intergovernamental ou supranacional.

9. Considerações conclusivas

Apresentados os inúmeros elementos que compõem a função soberana do Estado na prestação jurisdicional, resta em caráter conclusivo tecer breves considerações críticas sobre o tema.

Dentro do sistema atual sob o qual a sociedade internacional se estrutura, o Estado tem toda a liberdade para editar normas com pretensão de reger relações que estejam fora do seu alcance jurisdicional ordinário, sem que para isso dependa da observação de quaisquer princípios internacionais que organizem a jurisdição legislativa e judiciária dos Estados, já que estes seriam, pois, elementos que o Estado deveria observar quando da edição e aplicação de regras com competência internacional. Logo, deveres a serem tomados como limitadores da ação legiferante/judicial do Estado.

A mesma conclusão neste título com Kelsen, que a expressa quando da discussão acerca dos direitos fundamentais do Estado. Desse modo, os princípios jurídicos nunca podem ser pressupostos por uma ordem jurídica; eles apenas podem ser criados por essa ordem jurídica, pois são jurídicos única e exclusivamente porque são estabelecidos por uma ordem jurídica positiva.

Assim, no âmbito externo, nacionalidade, segurança nacional, universalidade,

personalidade passiva ou proteção, territorialidade subjetiva e objetiva, impacto territorial são limites, ou princípios, se estiverem consuetudinária ou convencionalmente estabelecidos. No âmbito interno, o ordenamento jurídico irá indicar quais são os limites ou princípios que estabelecerão a competência internacional do Estado.

Notas

¹ Jocosos, Mann traz a lume, de modo exagerado, exemplos, hipotéticos e não, de normas britânicas com pretensão de abarcar situações que normalmente estariam fora do alcance da jurisdição nacional. “*Britain enacts a statute according to which ‘all persons’ are required to sell whisky at a certain minimum price. It is not to be doubted that, according to the principle, this statute applies to all persons in the United Kingdom and therefore subject to its sovereignty. But the question arises: who is within the United Kingdom? And who are ‘all persons’ - all persons in the world or certain persons in the world outside the United Kingdom?*”. Ainda, “*Or so long as the Exchange Control Act 1947 was in force in Britain, i.e., until 1979, when this most unfortunate legislation was for all practical purposes neutralized rather than repealed, Section 5 provided: ‘No person shall... in the United Kingdom... make any payment to... a person resident outside’ the United Kingdom. On the face of it this meant that no American visitor could in Britain pay \$1 or £1 to another American visitor, - totally absurd, but in law probably inescapable conclusion*” (MANN, 1984, p. 21-22).

² Neste trabalho, a terminologia “Direito Internacional Público” será evitada conforme orientação kelseniana, por se tratar de adjetivo supérfluo, sendo utilizada a terminologia “Direito Internacional”; exceção feita a transcrição de idéias ou textos doutrinadores que a preferem.

³ Vide fluxograma.

⁴ Neste sentido o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. “Art. 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as definições judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”.

⁵ “Art. 88 – É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III – a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil. Parágrafo único – Para fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal”.

⁶ “Art. 89 – Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de imóveis situados no Brasil; II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.”

⁷ Um interessante julgado, relacionado a Direito antitruste, traduz um pouco do entendimento no que tange ao território. “*No doubt in regions subject to no sovereign, like the high seas, or to no law that civilized countries would recognize as [213 U.S. 347, 356] adequate, such countries may treat some relations between their citizens as governed by their own law, and keep, to some extent, the old notion of personal sovereignty alive. See The Hamilton (Old Dominion S. S. Co. v. Gilmore) 207 U.S. 398, 403, 52 S. L. ed. 264, 269, 28 Sup. Ct. Rep. 133; Hart v. Gumpach, L. R. 4 P. C. 439, 463, 464; British South Africa Co. v. Companhia de Mocambique, [213 U.S. 347, 1893] A. C. 602. They go further, at times, and declare that they will punish anyone, subject or not, who shall do certain things, if they can catch him, as in the case of pirates on the high seas. In cases immediately affecting national interests they may go further still and may make, and, if they get the chance, execute, similar threats as to acts done within another recognized jurisdiction. An illustration from our statutes is found with regard to criminal correspondence with foreign governments. Rev. Stat. 5335, U. S. Comp. Stat. 1901, p. 3624. See further, Com. v. Macloon, 101 Mass. 1, 100 Am. Dec. 89; Sussex Peerage Case, 11 Clark & F. 85, 146. And the notion that English statutes bind British subjects everywhere has found expression in modern times and has had some startling applications. R. v. Sawyer, 2 Car. & K. 101; The Zollverein, Swabey, 96, 98. But the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done. Slater v. Mexican Nat. R. Co. 194 U.S. 120, 126, 48 S. L. ed. 900, 902, 24 Sup. Ct. Rep. 581. This principle was carried to an extreme in Milliken v. Pratt, 125 Mass. 374, 28 Am. Rep. 241. For another jurisdiction, if it should happen to lay hold of the actor, to treat him according to its own notions rather than those of the place where he did the acts, not only would be unjust, but would be an interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations, which the other state concerned justly might resent”.* U.S. Supreme Court: American Banana Co. v. United

Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909). Argued April 12, 1909. Decided April 26, 1909. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=213&invol=347>.

⁸ “Do poder de soberania, atribuído indeclinavelmente ao Estado, resulta o poder normativo, isto é, o de ditar as leis necessárias ao ordenamento jurídico das referidas relações, desdobradas entre ele, seus cidadãos e estrangeiros”.

⁹ “*International jurisdiction is an aspect or an ingredient or a consequence of sovereignty (or of territoriality or of the principle of non-intervention, the difference is merely terminological): law extend so far as, but no further than the sovereignty of the State which puts them into force nor does any legislator normally intend to enact laws which apply to or cover persons, facts, events or conduct outside the limits of his State's sovereignty*” (MANN, 1984, p. 20).

¹⁰ Reiterando, a noção de território, como elemento do Estado, segundo orientação kelseniana, não consiste necessariamente em uma porção de terra em unidade geográfica natural. Se assim o fosse, não seria possível considerar “território”, partes desmembradas do Estado, os enclaves, ou terras pertencentes a um Estado mas separadas pelo oceano. A unidade territorial é uma unidade jurídica, não geográfica ou natural; “[p]orque o território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado” (KELSEN, 1998, p.229-300).

¹¹ “*Por el contrario, los Estados poseen sus derechos fundamentales (...) ya que sin ellos sería imposible una convivencia internacional pacífica. La supresión de estos derechos equivaldría a la supresión del próprio D.I.*” (VERDROS, 1973, p.167).

¹² Corte Internacional de Justiça. *Résumé des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [fond]. Disponível em: <http://www.icj-cij.org>.

¹³ Em verdade o caso que traz a lume o primeiro julgamento invocando o princípio foi o caso do Estreito de Corfu. Neste a CIJ deu aplicabilidade ao princípio, condenando a Albânia em favor da Inglaterra.

¹⁴ Pode-se arrolar algumas das intervenções ocorridas desde a criação das Nações Unidas, que predominantemente se utilizaram da força militar de forma direta ou indireta, ou que tiveram repercussão mundial; assim, URSS com seu intervencionismo genérico, na Hungria (1956), Checoslováquia (1968), Afeganistão (1980), além do envolvimento nos conflitos do Vietnã, Etiópia, Cuba e Angola; os EUA na Guatemala (1952), Cuba (1961), República Dominicana (1956), Chile por subversão (1973), Argentina/Malvinas (1982), Granada (1983), Panamá (1989, com o pretexto de que o ex-presidente e Comandante Chefe do Exército General

Noriega estava utilizando o Estado para canalizar drogas para os EUA), Nicarágua (por mais de dez anos; com ataques diretos nos anos de 1983 e 1984), Líbano (1958), Congo (1964), Zaire (1978), Vietnã (1965 até 1973 diretamente, depois até 1975 subvencionando as forças vietnamitas do sul), Camboja (1974), Irã (1980, pretendendo libertar seus diplomatas seqüestrados de um avião); ainda, ação Anglo-Francesa no Egito (1956); ação da Bélgica no Congo (1960-1964) e no Zaire (1978); Índia no Bangladesh (1971), na Sri-lanka (1987) e em Maldivas (1988); Turquia no Chipre (1974); Vietnã no Kampuchea (1978); Israel no Líbano (1982), em Uganda-Entebe (1976), França nos Comores (1995), no Zaire (1978). CASTRO. Op. cit., p. 310. MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 150-151.

¹⁵ A “aparência de terror” é destacada em função das teses de Aron. Para este, EUA e URSS sempre prostraram-se contra a guerra total ou mesmo o holocausto atômico, “[o]s reputam inimigos, apesar do seu parentesco, opinião que não é falsa mas que tende a ignorar o aspecto de solidariedade inconsciente ou implícita que qualifica a hostilidade”. ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p.657.

¹⁶ *Resolução nº 2113(XX)* de dezembro de 1965, declara a inadmissibilidade da intervenção nos assuntos domésticos de Estados e a proteção da sua soberania; *Resolução nº 2565(XXV)* de outubro de 1970, relativa às relações e cooperação entre Estados, considerara intervenção qualquer forma de ingerência ou ameaça atentatória a personalidade do Estado, ou de seus elementos políticos, econômicos e culturais, vedado o uso de medidas econômicas, coatoras, e a organização, fomento, instigação de atividades armadas terroristas com objetivo de alterar o regime de outro Estado; *Resolução nº 36/103* de dezembro de 1981, que veda a interferência nos sistemas de informações e meios de comunicações, veda o reforço dos blocos militares existentes, bem como a criação de novas alianças militares, além de não usar o poderio econômico, na forma de assistência ou bloqueio, com objetivo de coagir.

¹⁷ O Direito Internacional, como ordem coercitiva que é, tem o mesmo caráter do Direito interno. Difere dele, porém, e assemelha-se com o Direito das sociedades primitivas, em razão de não instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas, encontrando-se numa fase embrionária da evolução.

¹⁸ A elaboração de regras coletivas, com penalidades para seus transgressores, implica a observação dos ditames estruturais da comunidade

internacional e o conseqüente fortalecimento dos países “desarmados” de poder. “Estas regras, além disso, poderiam ser invocadas, inclusive, contra os mais fortes, trazendo para os diferentes foros impasses de cooperação que em termos acadêmicos seriam no mínimo interessantes, testando, caso a caso, os preceitos da teoria institucionalista, desmascarando relações de poder da perspectiva realista e, finalmente, introduzindo extrema riqueza na dupla dialética das relações internacionais” (CANÍSIO, 1996, p. 76-89).

¹⁹ Ingerência Humanitária poderia ser definida como um ato por intermédio do qual um Estado ou grupo de Estados impõe sua autoridade, para conduzir algum tema humanitário, de caráter interno de outro Estado, com objetivo de auxiliar determinada população onde as autoridades locais são débeis para responder a situação manifestamente inferior ao mínimo humanitário. JAUDENES, José Antonio. La injerencia, una nueva forma de intervención aspectos jurídicos y filosoficos. In. *A ingerência e o Direito Internacional*. Revista Nação e Defesa. Lisboa: Europress, 1996, p 36.

²⁰ As Resoluções nº 43/131 e 45/100 da Assembléia Geral da ONU consagram importantes entendimentos no que tange ao princípio do livre acesso às vítimas de catástrofes naturais ou colocadas noutras situações de igual calamidade, quando o Estado a que pertencem as vítimas não obtém por suas próprias forças soluções para os problemas. A Resolução 45/100 de 1990 indica a possibilidade dos países utilizarem-se de passagem sanitária ou corredores de urgência humanitária para atenderem vítimas de calamidades humanitárias.

²¹ Expressões absolutamente inadequadas, como se poderá constatar em momento outro, mais oportuno.

Bibliografia

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BRIERLY, James Leslie. *Direito internacional*. Tradução de M. R. Grucho de Almeida. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

CANÍSIO, Márcia Jabôr. A dupla dialética das relações internacionais: elementos para a elaboração de uma visão do sul. *Revista Brasileira Política Internacional*. Rio de Janeiro: 1958-1992; Brasília: 1993-. Ano 39, n. 2, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Nova ordem mundial e ingerência humanitária: claros-escuros

de um novo paradigma internacional. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, v. 71.

CASTRO, Paulo Jorge Canelas de. Da não intervenção à intervenção? O movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da Comunidade Internacional. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, v. 71.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CORTE Internacional de Justiça. *Résumé des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique). Disponível em: <http://www.icj-cij.org>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 105, p. 19-46, jan./mar. 1990.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1, 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

JAUDENES, José Antonio. La injerencia, una nueva forma de intervención aspectos jurídicos y filosoficos. *A ingerência e o direito internacional*. Revista Nação e Defesa. Lisboa: Europress, 1996.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Tradução de Marcos Antônio de A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Notas de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. 2 ed. rev. aum. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959, v. 1.

MANN, Frederick Alexander. The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years. *Recueil des Cours*. Martinus Nijhoff Publishers, 1984. v. 186. tomo 3.

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, v.1.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo 2.
- MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. Coimbra: Almedina, 1996.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. v.1.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SUPREMA Corte dos Estados Unidos da América: American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909). Argued April 12, 1909. Decided April 26, 1909. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=213&invol=347>. Acesso em: 04. jul. 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. 5. ed. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1973.

Kelsen, Bobbio e Bakhtin: um diálogo

Pedro Braga

Sumário

Introdução. 1. Norma fundamental: a teoria de Kelsen. 2. Norma fundamental: a explanação de Bobbio. 3. Alguns comentários. 4. Bakhtin tem a palavra. Conclusão.

Introdução

Construímos um cenário para um hipotético diálogo teórico entre Kelsen, Bobbio e Bakhtin em torno da norma fundamental. Os dois primeiros são da área do Direito, enquanto o último, da área da filosofia da linguagem e da sociologia. Bakhtin, aliás, em todas as suas obras deixa claro seu intuito de criar os postulados básicos de uma ciência da ideologia. Propiciamos um encontro dos três, em *petit comité*, com a nossa participação, é claro. Coube-nos apenas fazer a aproximação, e organizar a conversa, orientado para a norma fundamental. Esse o ponto de partida. Tentamos investigar a verdadeira natureza da norma fundamental, partindo do pressuposto de que ela existe efetivamente. Teria ela um estatuto de *ser absoluto* a pairar acima das contingências da vida social? De *ente sobrenatural*? De entidade metafísica? De uma convenção? Mas convenção realizada por quem e com que propósito?

Ora, a norma fundamental, mesmo sendo pressuposição do pensamento jurídico, remete-nos para a questão da legitimidade e da Constituição enquanto pacto. Sua natureza de pacto não dissimularia sua essência política e sociológica.

Passemos ao diálogo.

Pedro Braga é Sociólogo e funcionário do Senado Federal.

1. Norma fundamental: a teoria de Kelsen

É o sistema de normas que constitui a ordem jurídica. O que faz uma pletora de normas pertencer a um sistema tem que ver com a validade da norma. Qual o critério para atribuir-se validade à norma? A norma “não é um enunciado sobre a realidade, e, portanto, não tem como ser ‘verdadeira’ ou ‘falsa’. [...] Uma norma é válida ou não é válida”. É Kelsen ainda quem assevera: “... o fato de Deus ter proferido um mandamento, ou de o pai ter dado uma ordem ao filho, é apenas aparentemente o fundamento para a validade da norma em questão. O verdadeiro fundamento são normas pressupostas, pressupostas porque tidas como certas”. Assim, a norma fundamental é o fundamento da validade das outras normas. “O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável”. E Kelsen prossegue com outro exemplo:

“Aceitamos como norma válida o enunciado ‘assistirás o semelhante que estiver necessitado’ porque ele resulta do enunciado ‘amarás teu semelhante’. Aceitamos esse enunciado como uma norma válida seja porque ele nos parece uma norma definitiva cuja validade é auto-evidente, seja porque — por exemplo — Cristo ordenou que se amasse o semelhante, e nós postulamos como norma válida, definitiva, o enunciado ‘obedecerás ao mandamento de Cristo’. Não aceitamos como norma válida o enunciado ‘mentirás sempre que julgares proveitoso’, porque ele não é nem derivável de outra norma válida, nem é, em si mesmo, uma norma definitiva, válida de modo auto-evidente.”

Kelsen chama de norma fundamental aquela cuja validade não deriva de uma norma superior. As normas cuja validade

pode ser remontada a uma mesma norma fundamental constituem um sistema de normas. É essa norma fundamental que vincula todas as outras. Uma norma pertence a um mesmo sistema normativo se sua validade deriva de uma norma fundamental pressuposta como válida. Kelsen afirma: “O fundamento de verdade de um enunciado de ‘ser’ é a sua conformidade à realidade de nossa experiência; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental”. E continua:

“A procura do fundamento de validade de uma norma não é — como a procura da causa de um efeito — um *regressus ad infinitum*; ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo, ao passo que uma causa última ou primeira não tem lugar dentro de um sistema de realidade natural.”

Assim, esse *regressus* termina na norma fundamental, que é a mais superior de todas.

Kelsen faz a distinção entre sistema estático e sistema dinâmico de normas, consoante a natureza da norma fundamental. Na óptica do primeiro sistema, os indivíduos devem conduzir-se em conformidade ao modo prescrito pelas normas em razão de seu conteúdo. Nesse caso, as normas são válidas em virtude de um atrativo inerente a elas. “A força de obrigatoriedade da norma fundamental é, ela própria, auto-evidente, ou, pelo menos, presume-se que seja”. Para Kelsen, no sistema estático, “é essencial apenas que as várias normas de qualquer sistema sejam deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral”.

O outro sistema, o dinâmico, baseia-se no princípio da autoridade. E Kelsen dá o exemplo da criança que, perguntando por que não deve mentir, poderia ter como resposta que seu pai a proibira de fazê-lo. E se indagasse por que teria de obedecer ao pai,

porventura receberia como resposta que deverá observar os mandamentos de Deus. Ou seja, essa norma é a única além da qual não há outra norma. Essa seria a norma fundamental do sistema dinâmico. Nesse sistema, a obtenção da norma não se faz por meio de operações intelectuais, como a dedução no sistema estático. É Kelsen quem diz: “A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades”. E continua:

“As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. Essa autorização é uma delegação. O poder de criar normas é delegado de uma autoridade para outra autoridade; a primeira é a autoridade superior, a segunda é a inferior”.

E conclui: “A norma fundamental de um sistema dinâmico é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema”. A ordem jurídica é um sistema de normas de tipo dinâmico. Assim, uma norma só faz parte do sistema se ela tiver sido criada de maneira determinada pela norma fundamental.

Em resumo:

1. “A função integral dessa norma básica é conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato”;

2. “A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico”.

Pouco importa o conteúdo da norma jurídica, portanto. O que importa é se as normas de determinada ordem jurídica são postuladas em consonância com a norma fundamental, de quem recebem e perdem sua validade. “Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza” — escreve Kelsen —, “ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico”. E ainda:

“A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político”. Isso para concluir: “Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso. A norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva”.

No caso específico dos ordenamentos positivos, essa norma fundamental seria então a constituição. Quando um homem é privado da liberdade, ele o é em razão de uma norma criada em conformidade com um estatuto criminal que assim estabelece. Esse estatuto, por sua vez, é validado pela constituição:

“Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembléia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração.”

E mais adiante: “Pressupõe-se que a primeira constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação da pressuposição é a norma fundamental dessa ordem jurídica”.

A validade de uma norma é determinada pela ordem à qual ela pertence. Esse é o princípio da legitimidade e consiste exatamente em que a norma só seja invalidada pelo modo determinado pela própria ordem jurídica. Kelsen recorre ao exemplo da revolução ou do *coup d'État* para demonstrar que tal princípio só é válido sob certas condições. A nova ordem jurídica advinda com a

revolução invalida a ordem anterior. “Uma revolução, nesse sentido lato, ocorre sempre que a ordem jurídica de uma comunidade é anulada e substituída, de maneira ilegítima, ou seja, de uma maneira não prescrita pela primeira ordem por uma nova ordem”. Ou dito de outra maneira: “De um ponto de vista jurídico, o critério decisivo de revolução é o de que a ordem em vigor foi derrubada e substituída por uma nova ordem de um modo que a primeira não havia previsto”. A validade de uma norma jurídica decorre de sua concordância com a realidade, com a sua eficácia.

Segundo ele, o fenômeno revolucionário “demonstra de modo claro a significação da norma fundamental”. Com a nova ordem imposta pela revolução é que se julgará se a conduta dos indivíduos é lícita ou não. Para tanto é necessário que se pressuponha uma nova norma fundamental.

“... as normas da velha ordem são consideradas como destituídas de validade porque a velha constituição, a velha ordem jurídica como um todo, perdeu sua eficácia; porque a conduta efetiva dos homens não mais se conforma a essa velha ordem jurídica. Cada norma individual perde sua validade quando a ordem jurídica total perde sua eficácia como um todo.”

A norma fundamental não seria “produto arbitrário da imaginação jurídica”. O seu conteúdo é determinado pelos fatos. “A norma fundamental de qualquer ordem jurídica positiva confere autoridade jurídica apenas aos fatos pelos quais uma ordem eficiente como um todo é criada e aplicada”.

A norma fundamental tem que ver com a hierarquia das normas, sendo a norma inferior autorizada pela superior, esta, por sua vez, autorizada por outra mais superior ainda, até se chegar à norma fundamental, que confere unidade ao ordenamento jurídico por ser o “fundamento supremo de validade da ordem jurídica”.

E Kelsen não dissimula: “O Direito é, segundo a teoria aqui desenvolvida, uma

ordem ou organização específica de poder” (2000, p. 161, *et passim*).

José Afonso da Silva extrai a implicação política da teoria de Kelsen no que se refere à conceituação do Estado de Direito. Escreve ele:

“A concepção política de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele, Estado e Direito são conceitos idênticos. [...] Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais, como vimos. Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que ditatorial.”

E conclui: “Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer idéia de Estado de Direito” (2001, p. 118-119).

2. Norma fundamental: a explicação de Bobbio

Sabe-se que o ordenamento jurídico pode ser simples ou complexo, segundo as normas nasçam de uma única ou de várias fontes. A teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico serve para explicar a unidade do ordenamento jurídico complexo. O cerne dessa teoria é que as normas de um ordenamento não se situam todas em um mesmo plano. Há, portanto, normas superiores e normas inferiores, mantendo entre si relação de interdependência. À medida que se sobe na hierarquia das normas, aproxima-se da norma suprema, da *norma fundamental*, que confere unidade ao siste-

ma jurídico. É ela que estabelece o nexo entre as normas de várias origens e que se encontram dispersas, dando forma ao que se chama de ordenamento. É em razão dessa norma fundamental que, como escreve Bobbio, “todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma”. As normas constitucionais seriam, portanto, *produtoras* das normas inferiores. Ainda Bobbio, de maneira didática, expõe: “Normalmente representa-se a estrutura hierárquica de um ordenamento através de uma *pirâmide*, donde se falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos”. (entenda-se por *ato executivo* a conduta resultante em cumprimento de uma regra contratual, o adimplemento de uma obrigação).

Percorrendo de cima para baixo da pirâmide, temos o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional, o poder negocial. Tudo isso encimado pela norma fundamental.

As normas inferiores que extrapolem os limites materiais, regulando uma matéria cuja competência não lhe cabe ou de maneira diversa do que lhe é permitido, ou ainda, que exorbitem os limites formais, não seguindo o processo que lhe asseguraria a boa e devida forma, podem ser expurgadas do sistema, por carecerem de legitimidade.

Seriam as normas constitucionais a *norma fundamental*? É essa última que atribui ao constituinte o poder de produzir normas. Impõe a alguns o poder de fazê-las e aos outros o dever de obedecê-las.

É a norma fundamental que unifica todas as outras. “Essa *reduction ad unum*” — escreve Bobbio — “não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem”. Em outro passo, acrescenta: “Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro”.

A norma fundamental não é expressa; ela é o “fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema”, como afirma Bobbio. Mesmo não expressa, ela “é o pressuposto da nossa obediência às leis que derivam da Constituição, e à própria Constituição”.

A validade das normas tem tudo que ver com a norma fundamental. Ela é que confere essa validade em última instância. A norma válida deve pertencer ao sistema e emanar de autoridade com legitimidade para produzir normas jurídicas. Essa legitimidade é conferida igualmente pela norma fundamental. “Mais uma vez, de grau em grau, chegamos ao poder supremo, cuja legitimidade é dada por uma norma além da qual não existe outra, e é portanto a norma fundamental” — assevera Bobbio. E conclui: “Assim podemos responder como se pode estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento: remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental”.

Destarte, a norma fundamental é a um só tempo o princípio unificador do ordenamento e a pedra de toque da validade das normas. Ela é que dirá se as partes pertencem ao todo, por isso ela é imprescindível.

Bobbio nos dá uma definição com muita clareza: “A norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que, por sua vez, não são deduzíveis”. E mais adiante: “Ela é uma convenção, ou, se quisermos, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema para que a ela se possam reconduzir todas as demais normas”.

Que todo sistema tenha um início nos parece óbvio. Para Bobbio, “perguntar o que estaria atrás desse início é problema estéril”¹. Acreditamos que não. Não é tão estéril quanto aparenta. Se não desvendar o mistério, pelo menos tentar solucionar o problema. Quanto a mistérios, rememoremos uma das muitas formulações de Oscar Wilde, que

não era jurista nem filósofo, um escritor simplesmente: *The true mystery of the world is the visible, not the invisible* (“o verdadeiro mistério do mundo é o visível, não o invisível”).

Para Bobbio, portanto, para conhecer-se o fundamento do fundamento teríamos de sair do sistema, a solução desse problema deve ser buscada fora do sistema jurídico.

Certo, fora do sistema jurídico. E Bobbio sugere que se tome um ordenamento mais amplo, o ordenamento cósmico, por exemplo, ou ordenamento humano, do qual o sistema jurídico faz parte. A nosso ver, a resposta deve ser buscada em outro sistema, menos amplo do que o cósmico ou o humano, e dentro do qual se insere o sistema jurídico, já que ele não é uma esfera autônoma a pairar como uma constelação isolada no firmamento das representações, dos símbolos, dos signos, dos significantes.

Qual seria então o fundamento do fundamento?

Bobbio alinha algumas explicações. São “respostas famosas dadas ao fundamento último do poder”, cada uma representando uma possível norma superior à norma fundamental, poder esse superior ao poder constituinte. São estas as explicações:

a) “Todo poder vem de Deus (*omnis potestas nisi a Deo*). Essa doutrina integra a norma fundamental de um ordenamento afirmando que o dever da obediência ao poder constituinte deriva do fato de que tal poder (como todo poder soberano) deriva de Deus, isto é, foi autorizado por Deus a formular normas jurídicas válidas. O que significa que na pirâmide do ordenamento é preciso acrescentar um grau superior ao representado pelo poder normativo dos órgãos constitucionais. Esse grau superior é o poder normativo divino.”

b) “O dever de obedecer ao poder constituinte deriva da *lei natural*. Por lei natural se entende uma lei que não foi estabelecida por uma autoridade histórica, mas é revelada ao homem através da razão. A definição mais freqüente do Direito natural é: *dictamen rectae rationis* (ditame da reta razão). [...]

Para quem sustenta essa teoria, a norma fundamental de um ordenamento positivo é fundada sobre uma lei natural que manda obedecer à razão, a qual por sua vez manda obedecer aos governantes.”

c) “O dever de obedecer ao poder constituinte deriva de uma convenção originária, da qual o poder tira a própria justificação.” Ou seja, ao *contrato social*, “esse acordo originário entre aqueles que se reúnem em sociedade, ou entre os membros de uma sociedade e aqueles aos quais é confiado o poder.”

E Bobbio acrescenta, à guisa de crítica a todas essas concepções:

“Aqui a vontade coletiva tem a mesma função de Deus nas doutrinas teológicas e da razão nas doutrinas jusnaturalistas: isto é, a função de representar um grau superior além da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo, aquele grau supremo que permita dar uma resposta à pergunta sobre o fundamento do fundamento. Mas essa resposta, apesar das aparências, não é mais realista que as anteriores, e, como elas, desloca o problema da existência de um ordenamento jurídico para a sua justificação” (1999, p. 49, *et passim*).

Bobbio, aparentemente, não está muito interessado em aprofundar essa questão do fundamento do fundamento, porque isso talvez conduza a uma negação da teoria kelsiana, e ela satisfaz até certo ponto a compreensão da ordem jurídica. Daí ele afirmar ser uma discussão estéril. Creio que não, pois a investigação do fundamento da norma fundamental pode revelar a verdadeira natureza do ordenamento jurídico, a quem ele serve prioritariamente, quais os interesses que tenta dissimular, qual a essência do Estado do qual ele dimana. Concordo que a resposta deva ser buscada fora do sistema jurídico, embora ele agregue em tom algo irônico que esse sistema deva ser bem mais amplo, como o cósmico ou o humano, por exemplo. Devemos buscar, sim, fora do sis-

tema, mas num sistema menos amplo do que o cósmico ou o humano. Devemos buscá-lo simplesmente no *sistema ideológico*. É no sistema ideológico, fruto das relações sociais em presença, das tensões dos interesses de classe, que essa famosa norma fundamental deve ser buscada, confirmada ou negada. Veremos isso em detalhe mais adiante.

3. Alguns comentários

A norma fundamental confere validade à norma e unidade ao sistema jurídico. A norma não é um enunciado sobre a realidade. O fundamento de validade de uma norma é outra norma, não um fato. Outra norma da qual ela deriva.

No sistema estático, a norma é aceita como válida pelo fato de parecer definitiva, cuja validade é auto-evidente (“Amarás teu semelhante” vs “Mentirás sempre que julgares proveitoso”). Nesse sistema, as normas são deduzíveis da norma fundamental, igualmente como o particular é deduzível do geral.

No sistema dinâmico, o do direito, a norma fundamental é *pressuposta* como válida. A procura do fundamento de validade de uma norma é limitada pela norma fundamental, fundamento último das normas de uma mesma ordem jurídica. O sistema dinâmico baseia-se no princípio da *autoridade*. Além da norma fundamental, não existe mais norma.

Em ambos os sistemas, a norma fundamental não deriva de nenhuma norma superior, e a ela vinculam-se todas as outras.

Passemos aos problemas. No que se refere à constituição, Kelsen afirma que devamos remontar às constituições anteriores dentro, evidentemente, de um mesmo espaço nacional, do mesmo direito positivo, até chegarmos à primeira delas, que seria assim a pressuposição última de validade de todas as normas da ordem jurídica.

Ora, nessa passagem, a ordem fundamental é a primeira constituição. Essa concepção supõe uma evolução linear da or-

dem jurídica, sem nenhum reflexo da ordem social. A norma é sempre herdeira de outra norma, daí deriva sua legitimidade.

Nas mudanças de regime político, nas revoluções ou *coup d'État*, há uma ruptura da ordem político-social, e, por via de consequência, da ordem jurídica. A evolução linear sofre então uma solução de continuidade. A norma fundamental é substituída. De onde advém essa nova norma fundamental, a dar origem a outra ordem jurídica? Ela é também um pressuposto de validade e de unidade. Mas de onde surge ela? De que esfera? Da jurídica? Mas se a anterior foi abolida... Esse representa a meu ver outro problema teórico colocado pelo normativismo. A norma fundamental seria assim uma entidade sobrenatural?

Bobbio afirma que o fundamento da norma fundamental deveria ser buscado fora do sistema jurídico. O renomado historiador judeu que viveu entre 37 e 103 d.C. já havia ido buscá-lo na ordem divina. Em seu Livro Segundo de *Resposta de Flávio Josefo a Ápio*, escrevera ele que “meu único fim é sustentar a honra de nosso legislador e do que ele nos alegou, por ordem de Deus” (JOSEFO, 1990, p. 741).

É escusado dizer que a teoria kelsiana é consistente e exerce grande poder de sedução. Constitui uma resposta plausível sobre a questão da validade, da legitimidade, da fundamentação. Kelsen era um neokantiano, e a marca do idealismo filosófico, corrente à qual se filia, preside a elaboração de sua teoria. Seria possível, em definitivo, sair-se do “sistema” para buscar-se o fundamento fora dele sem, de alguma maneira, “trincar” toda a construção teórica kelsiana? Ou tal construção teórica admitiria “reparos”, ampliações de sua área explicativa? Daria para seja “remendar”, seja aprofundar a teoria kelsiana sobre a norma e o ordenamento sem descaracterizá-la?

A busca da norma fundamental fora do “sistema” construído por Kelsen, isto é, sua identificação no *sistema ideológico* poderá colocar em xeque-mate toda a teoria kelsia-

na, o que teria de começar pela crítica de seus fundamentos filosóficos. Neste passo, deixemos a palavra a Bakhtin.

4. Bakhtin tem a palavra

A criação ideológica, segundo Bakhtin, como a literatura, o conhecimento científico, a religião, a moral, etc. ligam-se estreitamente à filosofia da linguagem. Isso porque “um produto ideológico pertence a uma realidade (natural ou social), como qualquer corpo físico, instrumento de produção ou produto de consumo, e além do mais, e contrariamente a eles, o produto ideológico reflete e refrata uma outra realidade que lhe é exterior”. E acrescenta: “Tudo que é ideológico possui um *referente* e remete a alguma coisa que se situa fora dele. Em outras palavras, tudo o que é ideológico é um *signo*. Sem signo, não existe ideologia”. Para Bakhtin, um signo não é somente parte da realidade, ele reflete e refrata uma outra. Fiel ou não a ela, pode ainda ser percebido de um ponto de vista especial. Para ele, todo signo não é infenso aos critérios de avaliação valorativa: verdadeiro, falso, correto, justificado, bom, etc. “*Tudo que é ideológico possui um valor semiótico*”. E prossegue: “No domínio dos signos, isto é, na esfera ideológica, reinam profundas diferenças, já que esse domínio é ao mesmo tempo o da representação, do símbolo religioso, da fórmula científica e da forma jurídica, etc”.

Sombra da realidade, o signo ideológico é igualmente um fragmento dessa mesma realidade. O signo e seus efeitos aparecem na experiência exterior, assim como as ações, reações e novos signos que ele origina no meio social. Portanto, sua realidade é objetiva.

Nesse ponto, Bakhtin faz a crítica tanto da filosofia idealista quanto da visão psicologista, que colocam ambas a ideologia na consciência. Para essas correntes, portanto, a ideologia é um fato de consciência. O aspecto exterior do signo “é simplesmente um revestimento, um meio técnico de realização do efeito interior, isto é, da compreen-

são”. E continua: “O idealismo e o psicologismo esquecem que a compreensão ela mesma não pode manifestar-se senão por intermédio de um material semiótico (por exemplo, o discurso interior)”.

Nessa linha, ele afirma que a compreensão de um signo consiste “na aproximação entre o signo apreendido e outros signos já conhecidos”. Cria-se então uma cadeia de criatividade e compreensão ideológicas única e contínua, “deslocando-se de signo em signo rumo a um novo signo”.

“Essa cadeia” — afirma ele — “estende-se de consciência individual em consciência individual, religando uns aos outros. Os signos não emergem em definitivo senão do processo de interação entre uma consciência individual e outra. [...] A consciência só se torna consciência uma vez cheia de conteúdo ideológico (semiótico) e, por conseguinte, somente no processo de interação social.”

Bakhtin constata uma certa mudança de perspectiva no neokantismo moderno (principalmente Ernst Cassirer), que, embora situando sempre a ideologia no terreno da consciência, considera, no entanto, a representação o seu traço dominante.

A filosofia idealista comete, segundo ele, um erro fundamental. Pelo fato de situar a ideologia na consciência, o estudo da ideologia transforma-se *ipso facto* no estudo da consciência e das leis que a regem.

Com efeito, a ideologia, que constitui fato material e social, “é forçosamente introduzida no quadro da consciência individual que, por sua vez, é privada de qualquer suporte na realidade. Ela torna-se tudo ou nada”.

E conclui: “Para o idealismo, ela tornou-se tudo: situada em algum lugar acima do ser e o determinando. De fato, essa soberania da existência não é jamais, na teoria idealista, senão a hipóstase de um liame abstrato entre as formas e as categorias mais gerais da criação ideológica”.

Assim a norma fundamental de Kelsen, esse idealista de cariz neokantiano, norma

essa situada no âmbito da consciência como pressuposto, e não na realidade material e social.

A ideologia não pode ser explicada em termos de raízes supra ou infra-humanas, posto que seu lugar real está nesse material social específico. “Sua especificidade está precisamente no fato de que ela situa-se entre indivíduos organizados, que ela é seu meio de comunicação”.

Por outro lado, embora a sociedade seja uma parte da natureza, dela se distingue, já que dela separa-se pela qualidade, obedecendo a leis próprias. E pelo fato de a sociedade distinguir-se da natureza em qualidade e ser regida por leis próprias, o dever de obedecer ao poder constituinte, como queriam alguns, jamais derivaria de lei natural.

Destarte,

“os signos não podem aparecer senão sobre um *terreno* interindividual. De resto, é um terreno que não pode ser batizado de ‘natural’ no sentido corrente da palavra: não é suficiente colocar em presença um do outro dois *homo sapiens* para que nasçam signos. É essencial que esses dois indivíduos sejam socialmente organizados, que formem um grupo (uma unidade social): é unicamente nessa condição que se pode constituir um sistema de signos. Não somente a consciência individual não pode explicar nada, mas, ao contrário, ela própria deve ser explicada a partir do meio ideológico e social.”

Desse modo, a consciência individual constitui um fato sócio-ideológico.

Com efeito, os signos são criação de grupos organizados ao longo de suas relações sociais. A consciência individual desenvolve-se alimentada por signos. “Ela reflete sua lógica e suas leis”. A realidade objetiva dos signos sociais é que constitui a realidade dos fenômenos ideológicos. “As leis dessa realidade são as leis da comunicação semiótica e são diretamente determinadas pelo conjunto das leis sociais e econômicas”.

É na materialização da comunicação que reside, portanto, a natureza dos signos ideológicos. A comunicação social aparece mais completamente na linguagem. “A *palavra é o fenômeno ideológico por excelência*. [...] É o mais puro e o mais sensível modo de relação social. [...] É precisamente na palavra que se revela melhor as formas de base, as formas ideológicas gerais da comunicação semiótica”.

Assim, a palavra é o signo mais puro e mais demonstrativo, e é um signo *neutro*. Enquanto os outros “sistemas de signos são específicos de tal ou qual esfera da criação ideológica”, “a palavra, ao contrário, é neutra em face de qualquer função ideológica de todo tipo: estética, científica, moral, religiosa”. E também jurídica, diríamos nós.

Aqui se coloca a questão do sentido. A palavra seria o “primeiro meio da consciência individual”. A palavra, como aliás todo e qualquer signo, resulta do consenso entre as pessoas, mas é produzida por um organismo individual. Ela é como que “*material semiótico da vida interior da consciência* (discurso interior), ou seja *palavra interior*”. Bakhtin acrescenta: “É graça a esse papel excepcional de instrumento da consciência que *a palavra funciona como elemento essencial acompanhando toda criação ideológica, qualquer que seja*”. E conclui: “A palavra acompanha e comenta todo ato ideológico. Os processos de compreensão de todos os fenômenos ideológicos (um quadro, um excerto de música, um ritual ou um comportamento humano) não podem operar sem a participação do discurso interior”. E mais adiante: “A palavra está presente em todos os atos de compreensão e em todos os atos de *interpretação*” (grifo nosso).

Isso demonstra claramente que o sentido da palavra não é “imanente”, devendo ser buscado no repertório de sentidos existentes na consciência individual. Enquanto signos ideológicos, são sentidos criados por um dado grupo organizado no curso de suas relações sociais. Dito de outra maneira: os signos ideológicos não têm seu berço na

consciência, mas na realidade material e no processo das relações sociais. Os signos nascem, em definitivo, do consenso e também da tensão.

A norma jurídica, enquanto signo ideológico, encontra aí a sua raiz e o seu significado.

Vimos nessa primeira seção que a palavra constitui um signo ideológico. Veremos a seguir a relação entre infra-estrutura e superestrutura.

Afirmar-se que a infra-estrutura determina a ideologia numa relação de causalidade é até correto, mas muito genérico. Correto se o termo “causalidade” não for utilizado no sentido mecanicista que lhe empresta a corrente positivista da escola naturalista. “Causalidade”, numa visão mecanicista, não dialética, constitui uma categoria inerte, não se aplicando à ciência das ideologias.

A relação entre infra-estrutura e qualquer fenômeno, para que tenha valor cognitivo, esse mesmo fenômeno deve ser considerado, não isolado, mas em seu contexto ideológico completo e único.

Aqui uma reflexão fundamental para explicar do ponto de vista da filosofia da linguagem em um enfoque sociológico a questão da unidade e coerência da ordem jurídica, bem como da descontinuidade da ordem jurídica provocada por revolução ou *coup d'État*. É o que se pode inferir a partir da afirmação de Bakhtin:

“Antes de mais nada, é indispensável estabelecer o *sentido de uma transformação ideológica dada em um contexto da ideologia correspondente*, considerando que toda esfera ideológica apresenta-se como um conjunto único e indivisível cujos elementos reagem a uma transformação da infra-estrutura”.

Uma pergunta essencial: como a realidade (infra-estrutura) determina o signo e como este reflete e refrata a realidade em devir?

A palavra, no dizer de Bakhtin, é socialmente onipresente. A palavra infiltra-se em todas as relações entre os indivíduos. “As

palavras” — diz ele — “são tecidas em uma multidão de fios ideológicos e que servem de trama a todas as relações sociais em todos os domínios”; aí compreendido, obviamente, o domínio jurídico. A palavra é, portanto, o *indicador* mais sensível das transformações sociais, mesmo quando elas ainda não tomaram forma, quando o caminho ainda não foi aberto para novos sistemas ideológicos estruturados. Na palavra, produzem-se lentas acumulações quantitativas de mudanças “que ainda não tiveram tempo de adquirir uma nova qualidade ideológica, que não tiveram ainda tempo de engendrar uma forma ideológica nova e acabada. A palavra é capaz de registrar as mais ínfimas fases transitórias, as mais efêmeras, das mudanças sociais”.

Bakhtin remete também sua análise para a chamada psicologia do corpo social, que se materializa igualmente sob a forma de interação verbal. Nesse sentido, assevera: “Se consideramo-la fora desse processo real de comunicação e de interação verbal (ou, mais genericamente, semiótico), a psicologia do corpo social transforma-se em um conceito metafísico ou mítico (‘alma coletiva’, ‘inconsciente coletivo’, ‘espírito do povo’, etc.)”. E poderíamos acrescentar a essa lista a “norma fundamental”².

A psicologia do corpo social é, em primeiro lugar, a ambiência dos atos de palavras em suas diferentes modalidades. Ela manifesta-se nos mais diferentes aspectos do enunciado na forma de diferentes modos de discursos, sejam eles interiores ou exteriores. A psicologia do corpo social deve ser considerada sob a óptica de seu conteúdo, ou seja, de seus temas sempre atualizados em momentos determinados, e sob a óptica dos tipos e formas do discurso, que dão forma aos temas, ou seja, como são comentados, realizam-se, são sentidos, são pensados.

“Cada época e cada grupo social tem seu repertório de formas de discurso na comunicação sócio-ideológica. A cada grupo de formas pertencente ao mesmo registro, isto é, a cada forma de discurso social, corres-

ponde um grupo de temas”. Entre a forma de comunicação (relação entre juízes, advogados e promotores), a forma do enunciado (linguagem forense) e o tema “existe uma unidade orgânica que nada poderia destruir”. E Bakhtin acrescenta:

“É por isso que a classificação das formas do enunciado deve-se apoiar em uma classificação das formas da comunicação verbal. Essas últimas formas são inteiramente determinadas pelas relações de produção e a estrutura sociopolítica. Uma análise mais fina revelaria a importância incomensurável do *componente hierárquico* no processo de interação verbal, qual potente influência exerce a organização hierarquizada das relações sociais sobre as formas do enunciado.”

E dá como exemplo o respeito das regras de etiqueta, do bem falar e “outras formas de adaptação do enunciado à organização hierarquizada da sociedade”, tendo todas um “imenso alcance no processo de evidenciação dos principais modos de comportamento”.

A potente influência da organização hierarquizada das relações sociais remete para uma questão de poder. Quem dita, em definitivo, as regras de etiqueta e do bem falar? E as normas jurídicas, quem as dita senão o Estado, organização em que há a supremacia de uma ou a aliança de algumas classes sociais no seu controle, portanto na produção das normas jurídicas legisladas?

A norma jurídica, considerada como signo ideológico, realiza-se no processo de relação social e leva a marca do *horizonte social* de uma época e de um dado grupo social. Seu fundamento tem aí o seu asilo, e não em um pressuposto hipotético, de natureza mítica ou metafísica, fechando o círculo da norma pura, ou de normativismo em estado puro. Ela é dinâmica e deriva da vida social em ebulição, ela é consenso e é tensão. Poderíamos nos perguntar por que não passaram no projeto do novo Código Civil questões sensíveis que ainda não estão amadurecidas na

sociedade brasileira? É o relator do projeto, Senador Josaphat Marinho, quem responde:

“... as leis não podem ser expressão de escolas ou de concepções individuais, mas a tradução da média do pensamento científico e das reivindicações coletivas [...] as leis são tanto mais úteis quanto maior seu equilíbrio com o juízo geral. O projeto de Código Civil foi atualizado no Senado, atendendo a essa exigência de compatibilidade com o sentimento coletivo e com as tendências doutrinárias realmente predominantes. É inovador sem ser revolucionário. A experiência e a história mostram que leis revolucionárias são as que resultam de movimentos sociais e políticos de profundidade, como a Revolução Francesa ou a Revolução Soviética.”

Ainda se referindo ao novo Código Civil, Josaphat Marinho acrescenta: “Não se podia, porém, ir além da Constituição, no que ela regula expressa ou implicitamente. Nela, por exemplo, em matéria de família, só se cogita de relação entre homem e mulher”.

Entre as questões sensíveis estão a “barriga de aluguel” e a clonagem, por exemplo. É ainda Josaphat Marinho quem afirma:

“O que representa controvérsia, sem solução já preponderante na doutrina, como o problema da ‘barriga de aluguel’, não deve constituir objeto de norma num Código. O certo é aguardar a pacificação das idéias. [...] A lei não deve ser sede de regras sobre matérias que envolvem intensa controvérsia. Daí, também, não se ter tratado do fenômeno da ‘clonagem’” (2001).

Uma das tarefas que incumbe à ciência das ideologias é o estudo da evolução social do signo lingüístico. Para esse estudo, é necessário, segundo Bakhtin, observar as seguintes regras metodológicas:

1. “Não separar a ideologia da realidade material do signo (ao colocá-lo no campo da ‘consciência’ ou qualquer outra esfera fugidia e indefinível)”.

2. “Não isolar o signo das formas concretas da comunicação social (estando entendido que o signo faz parte de um sistema de comunicação social organizada e não tem existência fora desse sistema, senão como objeto físico)”.

3. “Não isolar a comunicação e suas formas de sua base material (infra-estrutura)”.

Por outro lado, o conteúdo do signo é afetado pelo *índice de valor*: “Não pode entrar no domínio da ideologia, aí tomar forma e aí enraizar-se senão o que adquiriu um valor social” (é a isso que Josaphat Marinho referia-se linhas acima). Esse índice de valor de caráter ideológico “constituem índices sociais de valor, com pretensão ao consenso social, e é somente em nome desse consenso que eles se exteriorizam no material ideológico”.

O signo ideológico não poderia deixar de refletir os interesses muitas vezes contraditórios das diferentes classes sociais.

“Classes sociais diferentes usam uma só língua. Por conseguinte, em todo signo ideológico afrontam-se índices de valor contraditórios. O signo torna-se a arena onde se desenrola a luta de classes. Essa *pluriacentuação* social do signo ideológico é um traço da maior importância. De fato, é esse entrecruzamento dos índices de valor que torna o signo vivo e móvel, capaz de evoluir. [...] A classe dominante tende a conferir ao signo ideológico um caráter intangível e acima das classes, a fim de sufocar ou de expulsar para o interior a luta dos índices sociais de valor que aí ocorre, com o fito de tornar o signo *monoacentuado*.”

É a realidade social que cria os signos e é refletida por eles. Nos momentos de crise, críticas tornam-se elogios, e verdades podem parecer mentiras. Em condições normais, a contradição se dissimula em todo signo ideológico,

“porque, na ideologia dominante estabelecida, o signo ideológico é sempre algo reacionário e esforça-se, por

assim dizer, para estabilizar o estágio anterior da corrente dialética da evolução social, para acentuar a verdade de ontem como sendo válida hoje. Donde o caráter refratante e deformante do signo ideológico nos limites da ideologia dominante” (BAKHTIN, 1977, p. 25, *et passim*).

Conclusão

A norma fundamental só existe em um sistema normativista puro, no sistema teórico de Hans Kelsen, que é um sistema fechado e inerte. Acreditamos ser ocioso buscar-se seu fundamento, o fundamento do fundamento, fora do sistema. Nisso concordamos com Bobbio. Como ente metafísico, ela não possui fundamento senão em uma suposição que decorre mais da crença do que da constatação científica. Sair do sistema significa sua própria negação. A norma fundamental é, em definitivo, uma entidade mítica, metafísica, fruto de uma concepção idealista de cariz neokantiano. Trata-se de um pressuposto hipotético que encontra refúgio apenas na consciência. Não corresponde à realidade material, objetiva, do signo ideológico (e a norma jurídica é um, pertencente a uma esfera específica, aquela da ordem jurídica), que nasce do consenso e da tensão no meio social, das relações sociais, das relações interindividuais.

Definitivamente, a norma fundamental não passa de uma hipótese.

Notas

¹ O filósofo italiano Remo Bodei chegou a esse mesmo impasse no que concerne à ética. Falando ao alunos do Liceu clássico *Plauto*, de Roma, e indagado sobre “se é forte no homem a exigência para encontrar os fundamentos da ética”, ele respondeu: “Sì, non dobbiamo mai rinunciare a trovare i fondamenti dell’etica. Certamente non dobbiamo pensare ai fondamenti ultimi, a quello ‘strato roccioso’ di cui parla Walzer, perché là è difficile che ci si arrivi” (BODEI, 2001).

² Savigny em *System des heutigen romischen Rechts* faz a distinção entre lei e seu sentido, ou seja,

seu *espírito*, que emanaria, segundo ele, do “espírito do povo” (*Volksgeist*). O “espírito do povo” seriam as convicções comuns de uma dada população, e que constituiriam, e não o costume, fonte do direito.

³Tercio Sampaio Ferraz Jr., referindo-se ao costume como fonte do direito, pertencente a um segundo grupo de fontes, “de objetividade menor”, já que, ato difuso, não é promulgado, recorre à noção de *institucionalização*, que teria a ver com o consenso social. Escreve ele: “... a institucionalização é um mecanismo social que nos permite avaliar com sucesso a expectativa geral. Nesse aspecto, porém, a institucionalização é um processo cujo resultado é visivelmente *ficício* e, por isso, muito sensível à comunicação dos fatos. Instituições, assim, não são idéias puras, que pairam sobre a realidade, como o “espírito do povo”, nem são substâncias reais, algo que subsiste como coisa, mas processos que se verificam enquanto atuam e não deixam rastro quando param de funcionar” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 241-242).

Bibliografia

BAKHTIN, Mikhail. *Le marxisme et la philosophie du langage*; essai d'application de la méthode sociolo-

gique en linguistique. Paris: Les Editions de Minuit, 1977. 233 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. 184 p.

BODEI, Remo. *A che serve l'etica?* Disponível em: <http://www.emsf.rai.it/menu/>. Acesso em 14 fev. 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

JOSEFO, Flávio. *História dos hebreus*. Tradução de Vicente Pedroso. 4. ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2000. 782 p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637 p.

MARINHO, Josaphat. *Novo código civil atende sentimento coletivo*. Disponível em: <http://www.trtos.gov.br/ass_comunicacao/noticia.asp?id=-1502181657>. Acesso em: 21 fev. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

Legitimação procedimental e modernidade

A problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas

Antônio Carlos de Almeida Diniz

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Legitimidade, procedimento e funcionalismo em Niklas Luhmann. 2.1. O Direito no âmbito da teoria sistêmico-funcional de Niklas Luhmann. 2.2. A Função legitimadora do procedimento. 3. As crises de legitimação do Estado moderno e o modelo ético-discursivo de J. Habermas. 3.1. Crises de legitimidade e níveis de justificação. 3.2. A reconstrução da legitimidade jurídico-política pela razão procedimental. 4. Conclusão.

1. Considerações iniciais

Historicamente, a problemática da legitimidade se situa no interregno da moral, do direito, da religião e da política. Desde as mais priscas eras, teóricos e eruditos tem procurado incessantemente por critérios de justificação e validade para as relações de poder e de conformação das condutas sociais. Tais critérios variam e mudam segundo as premissas e contextos peculiares de seus idealizadores ao longo dos tempos. A criação mais ou menos racional de critérios de legitimidade geralmente tem sua origem asentada na necessidade de aceitabilidade e pacificação de ânimos relativamente à implantação de uma determinada ordem político-jurídica.

A idéia de legitimidade enquanto sustentáculo e justificativa do poder político já se antecipa em Platão e Aristóteles com suas noções respectivas de *nomos* e *polis*, como parâmetros de governo bom e justo. Em re-

Antonio Carlos de Almeida Diniz é Advogado e Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC/RJ.

gra, entretanto, na antigüidade clássica ocidental e principalmente na oriental, a idéia de legitimidade – ainda não com esse nome – enquanto substrato de validade do poder estaria sempre adornada de elementos teocêntricos. Invariavelmente, o sentido da legitimidade estava associado à efetividade da autoridade. A crença na autoridade do sagrado ou hierático, de índole politeísta ou monoteísta, era a um só tempo a origem direta e fundamento de legitimação do poder político. A autoridade espiritual e o poder temporal caminhavam juntos na Roma dos Césares, antes e depois de sua cristianização. De fato, é entre os romanos que o adjetivo *legitimus* aparece pela primeira vez, ainda que com a conotação de conformidade com a lei ou costume. Essa acepção primeira do termo ‘legítimo’ relativa à observância da *traditio*, em que o critério de legitimidade persiste ancorado na autoridade, adentrou pelo medievo, onde alguém, para ser *legitimus*, titular do poder ou não, deveria conformar-se ao antigo costume (FRIEDRICH, 1994, p. 99). Nos séculos seguintes, ainda no curso do medievo, essa ponte entre o sagrado e o secular renderia construções doutrinárias bastante difundidas, como a do direito divino dos reis, calcada na transmissão hereditária do poder via patriarcado bíblico. Esse fundamento transcendental vinculante da autoridade do poder temporal permaneceu largamente difundido na alta e baixa Idade Média européia pelos cânones eclesiásticos que estabeleciam os critérios de validade das regras de conduta e do controle político forte no jusnaturalismo derivado da revelação dos profetas e das Escrituras.

Em Hobbes se estabelece a grande ruptura conceitual com o jusnaturalismo divino¹. Este assentará sua premissa pré-estatal não no direito divino, mas sob critérios puramente racionais e laicos. O direito natural por um exercício de retórica hobbesiana, servirá de premissa legitimatória das leis positivas, de sorte que, implantado o Estado-Leviatã, a única finalidade do natimorto

jusnaturalismo original será assegurar o cumprimento do pacto no que pertine à obediência absoluta ao soberano. Já aqui, a legitimidade tanto política quanto jurídica deriva do decisionismo político do soberano. Por assim dizer, o poder estatal se legitima pela construção retórica contratual, mas, uma vez institucionalizado pelo consentimento dos súditos, absolutiza-se perante o povo, adquirindo autodeterminação a partir de uma legitimidade autoreferenciada. Em Locke e posteriormente em Kant, o direito natural enquanto categoria racional, laica, terá o *prius* de justificar moralmente a validade normativa. A variação do tema contratualista em Rousseau, seqüenciada por Sieyès, condicionará a legitimidade decisória institucional ao fiel cumprimento dos desígnios da vontade soberana do *populus*.

Nas primeiras décadas do século XX, Max Weber adota uma criteriologia que influenciará todas as formulações posteriores de teóricos da legitimação nas ciências sociais, ao relacionar a legitimidade com “a fórmula da obediência” por meio dos três tipos ideais de autoridade legítima em seus aspectos tradicional, carismático e racional-legal (1998, p. 139). Com efeito, Weber associará a identidade do direito no âmbito de uma ciência social com o modelo racional-legal, em que a referência axiológica deveria necessariamente ser neutralizada, de forma que a legitimação jurídica se estabeleceria sob a égide de uma racionalidade formal dirigida-a-fins.

Na esteira de Weber, o normativismo lógico de Hans Kelsen fará uma estrita e única associação de legitimidade com legalidade. A legitimidade do ordenamento positivo residiria na efetividade de sua estrutura lógica autojustificadora, isenta de quaisquer elementos metajurídicos. Nessa perspectiva, a estrutura e fundamento do poder político se assentam sobre um critério de legitimação puramente jurídico. Estado e ordenamento jurídicos são termos sinônimos e indissociáveis no *constructo* kelseniano. A seu turno, Carl Schmitt, numa vertente neo-

hobbesiana, relacionará a legitimidade da construção normativa com a própria autoridade política decisionista². “*Autoritas non veritas facit legem*” é o lema hobbesiano sempre enfatizado por Schmitt” (Cf. MACEDO Junior, 1996, p. 126).

Uma variante da legitimidade pela legalidade de fundo decisionista é oferecida por Niklas Luhmann, que define a legitimidade como uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” (1980, p. 30), relacionando a aceitação dos procedimentos decisórios nos sistemas político e jurídico com o seu caráter cognitivo-funcional de sucesso na redução das expectativas sociais e na neutralização de ilusões e decepções das partes/eleitores. Para Jürgen Habermas, numa perspectiva ético-comunicacional, a construção da legitimidade do direito passa pela dinâmica da linguagem, isto é, o direito se legitima por meio de um procedimento discursivo segundo regras previamente acordadas e consentidas pelos debatedores na arena político-jurídica. Mais recentemente, o jusfilósofo alemão Rudolf Wiethölter tem sido um dos principais autores do traço-força assumido pela “procedimentalização do direito” na pós-modernidade como meio eficaz de solução de controvérsias frente ao Estado e pelo Estado³.

Como se pode depreender do breve histórico supra, necessariamente incompleto e meramente exemplificativo, a legitimidade deteve ao longo das eras significados não apenas diferenciados como ambivalentes. E mesmo hoje, isso não mudou. O que mudou essencialmente foi o cenário dos debates em torno de sua problemática. Abandonou-se um nível de legitimação não-reflexivo (pré-científico), característico de sociedades fundadas sob cosmovisões de fundo mítico-religioso, por um nível de justificação reflexivo-crítico assentado sobre os domínios da racionalidade e da técnica. Nas sociedades pós-industriais crescentemente complexas, em que não raro o apogeu da razão instru-

mental e das formalidades parece estar sempre um degrau adiante do nível previamente atingido, verifica-se uma progressiva amplitude da chamada juridificação ou regulacionismo das relações sociais. Não é nossa intenção analisar esse fenômeno neste trabalho especificamente. De qualquer modo, a mera referência a ele é de todo fundamental no tratamento da problemática da legitimação do direito das modernas sociedades complexas, uma vez que, ao nosso ver, é precisamente essa nova mentalidade cultivada que traz em seu bojo a exigência por condições formais de validação das decisões a serem tomadas nos mais diferentes âmbitos, conduzindo, por assim dizer, à instalação de um novo nível de justificação alicerçado por procedimentos que se legitimam na medida em que se realizam e cumprem o seu *telos*, solucionando ou dando por solucionados os conflitos de interesses nos domínios público e privado. Isso nos faz supor que, sob o influxo de uma demanda acentuada por garantias e racionalização de escolhas, todas as decisões funcionalmente relevantes para a dinâmica social são tomadas ou passam a ser tomadas mediante condições controladas chamadas genericamente de procedimentos, procedimentos esses que podem ou não, diga-se de passagem, afirmar-se como válidos a partir de uma origem eventualmente consensual, conforme a perspectiva conceitual adotada.

Como não poderia deixar de ser, isso traduz-se na significativa tendência constatada em recentes formulações doutrinárias, indicativas de um resgate da racionalidade procedimental na interseção de teoria do direito e filosofia política, mais do que a ênfase em seus aspectos puramente cognitivos⁴, fenômeno esse que se reflete necessariamente nos novos rumos assumidos pela fórmula procedimental enquanto recurso racional para se tomar decisões vinculantes em sua função de elemento legitimante da ordem jurídico-social e de deslinde de conflitos estatais e para-estatais.

Neste artigo, procuraremos examinar algumas das nuances, particularidades e componentes assumidos pelo tema da legitimação procedimental em meio à fenomenologia das atuais sociedades pluralistas e complexas através das lentes de dois dos maiores teóricos modernos a enfrentar sua problemática sob o signo da interdisciplinariedade: Jürgen Habermas e Niklas Luhmann.

2. *Legitimidade, procedimento e funcionalismo em Niklas Luhmann*

2.1. *O Direito no âmbito da teoria sistêmico-funcional de Niklas Luhmann*

A concepção sociológica do direito de Niklas Luhmann (1927-1998) se insere indissociavelmente no modelo orgânico de sua versão teoria universal dos sistemas sociais. Luhmann transita em seus escritos com notória desenvoltura pelas mais diversas áreas do conhecimento humano, e, embora suas teses tenham um evidente cunho sociológico *latu sensu*, não seria equivocado atribuir-lhe uma linha mestra de análise empírica dos fatos sociais de tendência psicobiocibernética. Luhmann foi durante um certo período de sua estadia em Harvard, nos anos 60, aluno dos seminários ministrados por Talcott Parsons, pai da sociologia estrutural-funcional. Pode-se dizer que Parsons persistiu sendo ao longo da profusa obra luhmaniana sua referência literária implícita mais constante e recorrente, ao lado de Maturana e Varela. Todavia, a teoria sistêmica tal como concebida por Luhmann se apresenta como original e variante da versão mais recente postulada pelo Parsons “da maturidade” em aspectos-chaves, entre os quais sobressai o vetor meio-sistema, sistema-meio.

Para Parsons, como sublinha Pissarra Esteves (Cf. LUHMANN, 1992, on-line), a sociedade é descrita como um sistema soberano com ilimitada aptidão de alterar e modificar o seu meio ambiente induzindo au-

tomaticamente a instauração de convívio harmônico do sistema com o meio. Luhmann, a seu turno, estabelecerá limites à pretensão hegemônica da racionalidade sistêmica, de modo a que esta ao invés de dominante relativamente ao meio, antes se coloque em defensiva por intermédio de seus mecanismos de filtragem e seletividade de forma a acolher e neutralizar, tanto quanto possível, as ameaças provenientes do meio. A orientação do vetor função-estrutura distanciará Parsons de Luhmann, para quem sua concepção sistêmica

“situa-se através de uma função e aplica as estruturas do sistema a essa função. Perante isto, a teoria dos sistemas predominante na sociologia [de Parsons] não é concebida funcional-estruturalmente, mas sim estrutural-funcionalmente. Ela analisa os sistemas apenas em relação às condições de manutenção da sua estrutura, portanto, não pode discutir a mudança estrutural, ou apenas em sistemas parciais em relação a sistemas amplos.(...) A teoria estrutural-funcional, que vê na existência dos sistemas estruturados o último problema funcional de relação, não estaria em condições de compreender também os processos como sistemas, cujo sentido não reside na manutenção duma estabilidade, mas sim na organização de sua transformação” (1980, p. 39-40).

A teoria luhmaniana concebe o universo social como uma plêiade de sistemas funcionais coexistentes, auto-referentes e auto-poieticos, dotados de uma dinâmica funcional própria e peculiar, geradores de sua própria complexidade. O caráter de auto-poiese desses sistemas ou subsistemas sociais, entre os quais o jurídico, significa dizer que são aptos a se auto-reproduzirem quando atingem um determinado grau de complexidade e diferenciação funcional. Esse conceito, originariamente derivado da biologia, é empregado por Luhmann em associação com a teoria dos sistemas para ex-

plicar a unidade dos sistemas sociais e, particularmente, a unidade do sistema jurídico. A atribuição de um caráter autopoietico ao sistema jurídico traz consigo uma série de implicações. O direito é concebido como um subsistema social capaz de reproduzir seus padrões de regulação, adaptação e organização de modo auto-referente, como consequência de equilíbrios internos entre o que Luhmann denomina “fechamento normativo” e “abertura cognitiva” do sistema jurídico em sua relação com os demais subsistemas sociais. Desse modo, o sistema jurídico consegue um nível maior de adaptação ao ambiente multisistêmico sem perder sua autonomia, uma vez que a abertura cognitiva se verifica por meio de mecanismos de observação auto-referenciados, e, desde o momento em que se reproduz a si mesmo por meio de sua própria estrutura normativa, a abertura do sistema é controlada auto-referencialmente pelos próprios mecanismos formais que impõem sua clausura normativa (Cf. CALVO, 1994, p. 271).

Para Luhmann, o fechamento normativo do sistema jurídico enquanto sistema autopoietico o impede de importar métodos e critérios de outras estruturas sociais, ou mesmo de qualquer recurso à moral ou a um direito natural inexistente. O gerenciamento no sentido da manutenção da autorregulação do sistema do direito a partir da sua diferenciação funcional não implica isolamento deste em relação aos outros sistemas. Antes, o fenômeno da diferenciação funcional do direito lhe permite, de uma forma aparentemente paradoxal, interagir com o que está fora e além dele mesmo (ambiente), sem perder sua identidade, por meio de um recurso interno de filtragem de informações, criando uma esfera altamente seletiva das informações provenientes do entorno social. A interação do sistema jurídico com o ambiente se dá por meio de um processo cognitivo (*inputs* e *outputs*) de fechamento e abertura segundo o seu código dogmático preferencial. Por essa peculiar organização, o sistema do direito se relaciona com o am-

ambiente externo que o cerca através de um circuito de entradas (*inputs*), pelo qual processa e filtra as informações que lhe interessam, reduzindo, por meio da dogmática jurídica, a complexidade advinda do exterior, e um circuito de saídas (*outputs*), sob a forma de repercussões e efeitos sociais derivados dos procedimentos decisórios produzidos no âmbito do sistema normativo.

Por essa ótica, os procedimentos judiciais, enquanto sistemas de ação, devem-se desvincular de quaisquer critérios importados de outros sistemas sociais, como a religião, a economia, a política, etc., permanecendo referenciados a seu código dogmático interno de forma a atender às expectativas normativas previstas. Se, por um lado, a autonomia do sistema jurídico implica a desnecessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum dos outros sistemas, por outro, o direito com eles se relaciona e acopla por intermédio de uma série de procedimentos desenvolvidos em seu bojo. “Os sistemas complexos têm de institucionalizar uma combinação de diversos tipos de mecanismos, que operam sob condições diversas, que estão sujeitos a diversos critérios de racionalidade e colocam a seu serviço motivos diferentes, que são contudo pressupostos nas suas condições e são assim integrados” (LUHMANN, 1980, p.197).

2.2. A função legitimadora do procedimento

No que pertine à tradução teórico-sistêmica do conceito da legitimidade dos procedimentos estatais (jurídicos, políticos e administrativos), Luhmann adota uma releitura inovadora, de encontro às tradicionais doutrinas de legitimação procedimental, com lastro numa visão empírica do direito positivado. Com efeito, Luhmann introduz em sua compreensão funcional-sistêmica da sociologia do direito conceitos, observações e reelaborações de campos tão diversos quanto a psicologia do desenvolvimento social, a cibernética, a biologia, antropologia política, administração de empresas, entre outros – numa perspetivação

multidisciplinar, às vezes ambivalente e em certos aspectos revolucionária –, causando não raro nos leigos, mas mormente nos círculos hermenêuticos de teóricos tradicionais do direito e do processo, no mínimo, perplexidade.

Marcando uma nítida ruptura com o pensamento jurídico convencional, Luhmann entende o direito como um subsistema social matizado por diferenciação funcional, que gera um ambiente seletivo relativamente autônomo, caracterizado por símbolos/representações concebidos e produzidos pelas instituições estatais competentes. A seu ver, a leitura funcionalista é a mais consentânea com a realidade das sociedades de massa com alto grau de complexidade. Não é mais suficiente para as demandas e imposições da teoria dos sistemas a visão axiológica ou formalista/ritualística do direito e de sua processualística. A desmedida complexificação social e o aumento dos problemas carecendo de solução adequada impõem a necessidade de se ultrapassar as formas mais antigas do sistema jurídico. Essas formas deveriam ser substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mais indiretos e generalizados do que os atuais, e por isso mesmo mais capazes de absorver a elevada variabilidade do sistema social. Sob esse influxo, as decisões tomadas em procedimentos que se legitimam *per se* valem independentemente⁵ de qualquer referência a outro código preferencial que não o do lícito/ilícito.

O sistema do direito é uma realidade autônoma que está sempre criando e recriando a si mesma a partir de seus mecanismos de filtragem das relações com o contingente de possibilidades do meio. As construções jurídicas valem enquanto referências a uma simbólica produzida neste ambiente de grande variação em torno a seu código dogmático próprio do lícito e ilícito. Assim, os procedimentos jurídicos como sistemas de ação se legitimam no contexto de sua instrumentalidade institucionalizada por uma racionalidade formal que lhes é

peculiar dentro de sua estrutura autopoiética, de modo que as decisões judiciais partem do âmbito interno do sistema jurídico e irão produzir efeitos apenas em seus limites fronteiriços. Para Luhmann, a enorme complexidade e variabilidade da organização social moderna exige uma concepção atualizada de legitimidade compatível com sua renovada dinâmica, distanciada dos modelos clássicos estáticos do direito processual.

“Se no decurso do desenvolvimento civilizacional aumentam a complexidade e a variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais de vida – um processo onde a complexidade crescente da própria sociedade e do seu direito constituem uma causa predominante e concorrente – torna-se cada vez mais inadequada uma estrutura jurídica rígida” (1980, p. 121). A positividade absoluta do direito desde o século XIX introduziu um patamar de funcionamento social mais completo e rico em alternativas que seguem sua própria condição de estabilidade, incompatível com qualquer referência ao direito natural ou a elementos valorativos. “O direito positivo já não pode ser defendido como invariável e portanto deve substituir as certezas que residem na invariabilidade e no enterro social do direito antigo” (p. 122). Em outras palavras, o direito positivo enquanto sistema autônomo precisa adaptar-se à complexidade crescente do meio social, abrindo-se às novas possibilidades conforme o grau de exigência das expectativas normativas coletivas aumenta. Por esse raciocínio, seria precisamente por meio do fato da positividade do direito que os processos decisórios guardariam maiores probabilidades de absorver uma complexidade mais elevada e indeterminada. Neste sentido, a referência de Norberto Bobbio a propósito de Luhmann, para quem

“...nas sociedades complexas que concluíram o processo de positividade do direito, a legitimidade é o efeito não da referência a valores mas da aplicação de certos procedimentos (*Legitimi-*

tät durch Verfahren), instituídos para produzir decisões vinculatórias, tais como as eleições políticas, o procedimento legislativo e o procedimento judiciário. Onde os próprios sujeitos participam dos limites das regras estabelecidas, a legitimidade configura-se como uma prestação do próprio sistema” (BOBBIO, 1999, p. 93).

O sistema do direito se apresenta assim como uma das estruturas que garantem as expectativas sociais contra as contingências a que estão sujeitas. A noção de contingências aí assume o significado de anomalias, arbítrios ou perturbações da estabilidade do sistema. A estrutura procedimental jurídica, portanto, só possui legitimidade quando está apta a produzir uma aceitação generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.

Muito embora os processos principiêm e se encerrem com base em decisões normativas, cada qual produzindo efeitos peculiares na órbita processual interna e externa, entre as partes, os agentes estatais, e terceiros interessados e não interessados, a legitimidade do processo reside segundo a ótica de Luhmann na “fórmula procedimental”, na série concatenada de atos processuais. As regras formais do procedimento bastam como premissas legitimadoras da decisão buscada pelos participantes. O elevado índice de tecnicidade e formalismo dos procedimentos garantem para os envolvidos na lide uma expectativa de sucesso. Por sua vez, as incertezas e intervenções de advogados, juízes, promotores e outros agentes no âmbito do processo acabariam por introduzir mudanças de curso de discussões e reivindicações, contribuindo para a definição de papéis e posturas cujo efeito seria limitar o conflito, de tal forma a evitar a sua eventual generalização. A postura inicial de disputa e confrontação tenderia a se reduzir e suavizar ao longo dos sucessivos atos e decisões, criando-se condições para aceitação

de uma decisão final desfavorável. A propósito, Tércio Sampaio Ferraz Jr. observa que:

“...a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Um comportamento contrário é possível, mas a parte que teima em manter sua expectativa decepcionada acaba pagando um preço muito alto, o que a força a ceder. Neste sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis” (Cf. LUHMANN, 1980, p. 4).

Por essa concepção, os procedimentos em geral, ao invés de serem aperfeiçoados pelo estímulo aos processos de aprendizado, acabam-se prestando basicamente para desviar e amortizar as frustrações, estabilizando as expectativas de comportamento quanto às desilusões e por esse modo assegurando a continuidade da estrutura do sistema social. As estruturas, entre elas o direito positivo, só podem ser estabilizadas e institucionalizadas quando estão alicerçadas sob regramentos eficientes. Os modelos normativos procedimentais para Luhmann deveriam atuar idealmente como: a) mecanismos de enfraquecimento das desilusões; e b) reorganização das expectativas, de modo a se obter assim a estabilização das estruturas. A operacionalidade dos procedimentos, por esse prisma, pode então ser medida de acordo com sua capacidade de redução dos conflitos e insatisfações inerentes a sistemas de alta complexidade e diferenciação como os procedimentos legislativos, administrativos e judiciais, que nesta exata razão exigem a adoção de estratégias funcionais como as acima descritas a fim de se garantir sua manutenção e continuidade. Luhmann, entretanto, reconhece que na prática a rees-

truturação das expectativas para uma aprendizagem isenta de desilusões neste campo ainda se revela insuficiente.

“Os processos de aplicação jurídica não se encontram aperfeiçoados sob o ponto de vista das suas possibilidades de aprendizagem. Servem mais para o desvio e a redução das frustrações na medida em que equipam os partidos em conflito com possibilidade de agressividade legítima mas canalizada, isolando então o perdedor de tal forma que a sua frustração fica sem conseqüências. O efeito da aprendizagem é pequeno para ser apreciado. Isto é válido para as expectativas dos interessados e, também, para o “aperfeiçoamento do judiciário”... Em geral, porém, não há à disposição nos processos de aplicação jurídica nem os meios para a comprovação de alternativas, probabilidades e concatenação de conseqüências, nem as liberdades para construção de alternativas de princípio ou princípios novos” (1980, p. 192-193).

A legitimação pelo procedimento não conduz, necessariamente, ao consenso efetivo⁶, à harmonia coletiva de opiniões sobre justiça e injustiça e, portanto, não se destina a ser uma conscientização pessoal de convicções socialmente constituídas, por exemplo quanto a valores e princípios. Na verdade, a organização do sistema especial do procedimento por meio dos seus protocolos, atos, promessas, discussões, retóricas e decisões tem o visio de especificar a insatisfação, de fracionar e absorver os protestos. Assim, a decisão judicial é aceita como obrigatória de *per se*, independente de qualquer exaltação de ânimo. Uma vez “caídos no funil do procedimento”, as partes precisam se mover para chegar a uma decisão. Ainda sob o prisma de Luhmann, a força motriz do procedimento deriva da incerteza quanto aos resultados. O interesse das partes deve ser mantido desperto pela lógica procedimental até a sentença definitiva. Alcançada

esta, já não importa mais a revolta ou descontentamento residual do(s) litigante(s) quanto ao seu conteúdo.

“A envergadura do reconhecimento institucional da jurisdição pura e simples, e que sempre aconteceu – e também os resultados alegados no procedimento – criam uma situação inequivocamente estruturada, que já não deixa ao indivíduo quaisquer chances. E é exatamente esta evidência que facilita a aceitação, determina a debilidade do perdedor isolado, possibilita-lhe aceitar com maior rapidez a decisão como premissa própria de comportamento” (p. 98-99).

Esse aspecto fundamental da teoria luhmaniana acerca da função procedimental enquanto mecanismo redutor da complexidade do sistema jurídico não passou despercebido a Tércio Sampaio Ferraz Jr., que sagazmente o sintetiza como

“sendo a função de uma decisão absorver e reduzir insegurança, basta que se contorne a incerteza de qual decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão ocorrerá, para legitimá-la. Em certo sentido, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta ilusão” (p. 5)

3. As crises de legitimação do Estado moderno e o modelo ético-discursivo de J. Habermas

3.1. Crises de legitimação e níveis de justificação

A questão das premissas legitimatórias do *potestas* estatal, sua relação com o sistema jurídico e seus mecanismos inerentes de reconhecimento e aceitação social foram

sucessivas vezes examinados com particular sagacidade pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas⁷, um dos principais expoentes da teoria crítica da sociedade seminada pela Escola de Frankfurt. Habermas, ao longo de suas dissertações e análises sobre o tema, não só se dedica a suscitar a problemática da legitimidade, de suas condições formais e fatores de legitimação ao longo de períodos históricos sucessivos, com especial atenção para sua colocação na modernidade, como ainda propõe reconstituir um modelo de democracia normativa. Partindo de uma releitura histórica dos critérios de legitimação fundados sob premissas empiristas e normativas, Habermas elabora uma seqüência tipológica provisória dos níveis de justificação sociais, particularmente útil para um melhor posicionamento conceitual e contextual do tema, ao tempo em que propõe uma reconstrução das pretensões de validade e do conteúdo normativo das legitimações com base em sua peculiar lógica de desenvolvimento.

Prima facie, legitimidade associa-se com os critérios de bom e justo para que um dado ordenamento político mereça reconhecimento. “Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido” (HABERMAS, 1990, p. 219). Nesse sentido, a importância da legitimação enquanto fundamento de validade estatal decorre do reconhecimento factual de sua necessidade para a estabilidade de um ordenamento político. A exigência de reconhecimento é particularmente sentida nos momentos de contestação e polêmica, quando surgem problemas de legitimação. Sendo uma categoria intrínseca à gênese e continuidade do poder e das relações de poder ao longo dos séculos, trata-se de um problema perene, e como tal os conflitos de legitimação são dados como inevitáveis. Quando emergem embates de legitimação do poder, não superados ou contornados pelos critérios de validade então existentes, cria-se o campo propício para a irrupção de revoltas e revoluções. Onde não há reconhecimento, deixa

de haver acatamento, perde-se a autoridade e gera-se um vácuo de poder propício para a revolução. Como assinala Habermas,

“esses conflitos podem levar a uma temporária perda da legitimação; e, em certas circunstâncias, isso pode ter conseqüências críticas para a estabilidade de um regime. Quando o desfecho de tais crises de legitimação liga-se à mudança das instituições de base não somente do Estado, mas da sociedade inteira, falamos então de revolução” (1990, p. 220).

Tanto no plano histórico como no analítico, Habermas circunscreve a legitimidade à organização do poder. “Somente ordenamentos políticos podem ter legitimidade e perdê-la; somente eles têm necessidade de legitimação” (p. 220). De acordo com essa perspectiva, apenas com o aparecimento das sociedades estatais, e com a necessidade de um poder político central regulador de conflitos por meio de decisões-sanções obrigatórias, visando impedir a fragmentação social e conservar sua identidade normativa coletiva, é que a legitimidade surge como exigência de validade aferível. Entretanto, não obstante os problemas de legitimação sejam uma constante de sociedades burguesas e do Estado moderno, Habermas reconhece que os conflitos de legitimidade existiram em todas as grandes civilizações antigas, e até mesmo nas sociedades arcaicas; assumindo geralmente, nas sociedades tradicionais, a forma de movimentos messiânicos ou proféticos.

Na transição gradativa do medievo para a Idade Moderna, verificou-se historicamente a ascendência de uma nova classe de atores sócio-econômicos, a classe burguesa, sobre a nobreza e o clero então dominantes. Paralelamente, a anomia da organização feudal cedeu espaço à estruturação de Estados nacionais fortes, propulsão pela necessidade de segurança e garantia dos interesses mercantilistas da burguesia. A constituição de uma nova estrutura estatal também trouxe à tona nos séculos

seguintes um particular acirramento e generalização dos conflitos de classes, com motivações e reivindicações políticas, religiosas e econômicas as mais diversas. E, uma vez que o advento do Estado moderno está diretamente associado com a estruturação de classes pela ótica marxista, é de se notar que a agudização dos conflitos classistas daí por diante tenha implicado a propagação dos fenômenos de ilegitimação. Para Habermas, esses embates por legitimação situam-se no âmbito das doutrinas legitimadoras, justificadoras do domínio e processo político, posto que diretamente relacionadas com a definição de identidades coletivas, envolvendo categorias sociais geradoras de unidade e consenso como a tradição, a territorialidade, a língua, a participação étnica e a razão.

O Estado *per se* não cria a identidade normativa da sociedade, mas assume a tarefa de defendê-la e garanti-la, impedindo a desintegração social por meio de mecanismos reguladores cogentes. E é precisamente no desempenho dessa sua incumbência primordial que Habermas situa o critério de aferição da legitimidade de um dado ordenamento político, condicionando, portanto, sua inerente necessidade de aceitação e reconhecimento, ou seja, sua pretensão de legitimidade à conservação da identidade normativamente determinada de uma sociedade, no sentido de sua coesão e unidade estrutural. Nesse sentido,

“as legitimações servem para satisfazer essa pretensão, ou seja, para mostrar como e por que instituições existentes (ou propostas) estão aptas a empregar a força política, de modo a realizar os valores constitutivos da identidade de uma sociedade. O fato de que as legitimações convençam ou mereçam a crença depende certamente de motivos empíricos; mas esses motivos não se formam de modo autônomo com relação à força de justificação (...) que é própria das legitimações, ou – como se poderia dizer – do

potencial de legitimação ou dos motivos que possam ser mobilizados. O que é aceito como motivo e como algo capaz de conseguir consenso – e, portanto, de criar motivações – depende do nível de justificação exigido em cada oportunidade” (1990, p. 224).

A capacidade de convencimento das legitimações liga-se aos diferentes níveis de justificação. A cada nível de justificação corresponde uma determinada força legitimadora. Por níveis de justificação Habermas entende “as condições formais de aceitabilidade dos fundamentos, que conferem eficácia às legitimações; em suma, que lhes conferem a força de obter consenso e de formar motivos” (p. 225). Essas condições formais relacionadas com os procedimentos e premissas de uma formação racional da vontade são propostas por Habermas como substitutivas – no contexto das teorias legitimadoras do Estado moderno – daqueles “fundamentos últimos” ou justificativas metafísicas reinantes nas formulações contratualistas e jusnaturalistas clássicas. A morte anunciada da metafísica e do direito natural marca a ruptura da modernidade com um nível de justificação precedente, e por isso mesmo vindica uma pretensão de validade independente de cosmologias, religiões e ontologias. Como bem acentua Albrecht Wellmer, “com a derrubada da visão de um mundo animista (...) ‘cada homem se tornou um antropomorfismo aos olhos do homem’ (Apud HABERMAS 1980, p. 157).” A força legitimadora da modernidade aqui está diretamente relacionada com o acordo racional, e, portanto, o novo nível de justificação é matizado pela reflexividade.

“Os procedimentos e as premissas da justificação são agora os fundamentos legítimos sobre os quais se apóia a validade das legitimações. A idéia do acordo que se verifica entre todos – e entre todos enquanto livres e iguais – determina o tipo de legitimidade por procedimentos (*prozeduralen Legitimitatstypus*), que é próprio da

época moderna”.

As forças de justificação estão diretamente associadas aos motivos aptos a mobilizar substratos ou segmentos sociais em direção a um consenso. O potencial de legitimação encontrará variações, entretanto, relacionadas com os diferentes motivos mobilizados pelas forças sociais em determinados contextos. A capacidade em conseguir consenso dependerá do nível de justificação exigido em cada ocasião. Por essa ótica, cada nível de justificação associa-se a um determinado potencial de aceitação ou convencimento. Mas esse potencial só se converterá em legitimação se reconhecido e aceito pela forças sociais aptas a realizá-lo. O que nos leva a supor que o grau de exigência de legitimidade determina o correspondente nível de justificação a ser encampado pelos substratos societários historicamente.

Não se deve confundir os aspectos de produção e conservação do poder legítimo com a configuração institucional assumida por ele. A separação entre fundamentos legitimadores e institucionalizações do poder é evidente. Os níveis de justificação se organizam de forma hierárquica. Com um certo nível de justificação, são compatíveis certas tipologias institucionais e não outras. Os diferentes níveis de justificação nem sempre se compatibilizam com as formas assumidas pelo poder. Algumas pedem um dado nível de justificação e não outro. Um nível de justificação que já tenha sido superado ou rejeitado em um certo *locus* num particular momento histórico dificilmente será reeditado. Muito provavelmente se pedirá por um nível de justificação de uma outra espécie.

Por suposto, dependendo dos referenciais conceituais adotados, diferentes níveis de justificação podem ser encontrados e delimitados historicamente; em grandes linhas, pelos menos dois fundamentais sobressaem no seu conjunto e são explicitados por Habermas:

a) Nível de justificação próprio das sociedades pré-estatais: que vincula a legiti-

midade a saberes e valores de ordem cosmogônica, ontológica e religiosa. A premissa da obtenção ou outorga de poder vincula-se a uma relação de dependência com o que Habermas chama genericamente de *fundamentos últimos*, representações unificadas e idealizadas do mundo (da natureza e dos homens) em seu conjunto sob a forma de conhecimento dogmático, legado por sábios e profetas. A forte presença de elementos poderosamente dogmáticos e de sacralidades, como mitos, lendas, alegorias e axiomática sob o peso da *tradio*, dão o tom dos critérios de legitimação recorrentes do poder político nesses ambientes sociais. Esse nível tende a ser substituído à medida que as estruturas do Estado moderno vão progressivamente se auto-afirmando e consolidando, a partir do fim do baixo medievo.

b) Nível de justificação das sociedades organizadas de modo estatal: a premissa fundamental desse novo critério de validade assenta-se não mais em pressupostos ontológicos ou religiosos, mas numa construção motivada da razão. À medida que a especialização científica e racionalização progressivas da cultura européia iniciadas no período renascentista se aceleram no fim do medievo, notadamente pelas expansões mercantis e pela difusão do ideário burguês, opera-se um distanciamento gradual das antigas representações sacrais. Nesse processo conhecido como secularização, a separação antes tênue ou inexistente entre a esfera religiosa e a laica dá lugar a uma cada vez mais acentuada divisão funcional de competências e atribuições. O surgimento do moderno Estado burguês traz consigo uma série de peculiares componentes legitimadores integrados em sua estrutura orgânica como o monopólio da força, a especialização funcional e centralização administrativas, associados às idéias-chaves de nação, soberania e territorialidade. Nessa nova ordem de ventos inspiradores, o direito também é racionalizado e exige assim um novo critério de validação. A ruptura com o paradigma anterior conduz necessariamente a

um novo posicionamento conceitual fundado na procedimentalização da legitimidade. Por essa ótica, “os procedimentos e as premissas da justificação são agora os fundamentos legítimos sobre os quais se apóia a validade das legitimações” (1983, p. 226). De forma que o princípio racional de legitimação substitui os anteriores princípios conteudísticos relativos à natureza e à divindade. Doravante, a idéia do comum acordo racional motivado pela busca de consenso é que determinaria o modelo de legitimidade procedimental próprio da época moderna.

Avaliando as teorias de justificação das sociedades tradicionais sob a perspectiva do seu modelo de práxis discursiva, considera que elas se mantiveram divorciadas das representações históricas conhecidas do poder legítimo. Por outras palavras, tomando como referencial o novo nível de justificação crítico-reflexivo, e comparando a crença na legitimidade com as instituições justificadas, verifica-se o quanto as formulações pré-discursivas se mantiveram distanciadas dos exemplos históricos de legitimações válidas. Como solução entrevista para esse divórcio recorrente entre crença na legitimidade e o correspondente sistema institucional justificado, Habermas propugna um paradigma de justificação reconstutivo calcado sobre premissas e procedimentos ético-comunicativos aptos a gerar consenso.

3.2. A reconstrução da legitimidade jurídico-política pela razão procedimental

O distintivo da modernidade no tocante à legitimidade seria o fato de se operar a transferência do poder legítimo para um nível reflexivo de justificação. Abandonam-se, então, os fundamentos últimos enquanto nível de justificação em troca de um princípio formal de legitimação. E esse princípio vem a ser a legitimidade procedimental fundada num acordo racional entre livres e iguais, enquanto expressão de um interesse geral. Do ponto de vista da práxis social,

esse critério procedimental de legitimação corresponde ao modelo normativo de democracia. Os ordenamentos políticos, desta perspectiva, passam a derivar sua legitimação das próprias condições formais discursivas e deliberativas enquanto mecanismos geradores de um possível consenso. Assim, as regras do jogo político democrático adquirem força legitimadora a partir de sua capacidade de mobilizar os substratos sociais e de obter consenso em torno de um interesse comum. Para Habermas, portanto,

“o interesse é comum, porque o consenso livre de constrangimento permite apenas o que *todos* podem querer; é livre de decepção, porque até a interpretação das necessidades, na qual cada indivíduo precisa estar apto para reconhecer o que ele quer, torna-se o objeto de formação discursiva da vontade. A vontade, formada discursivamente, pode ser chamada ‘racional’, porque as propriedades formais do discurso e da situação deliberativa garantem suficientemente que um consenso só pode surgir através de interesses generalizáveis, interpretados apropriadamente, pelo que quero dizer necessidades *que podem ser participadas comunicativamente*” (1980, p. 137).

A compreensão procedimentalista do direito em Habermas atrela a legitimidade do sistema jurídico a pressupostos comunicativos e às condições do processo democrático de formação da opinião e da vontade. O *constructo* por ele proposto ancora sua formulação do conceito de legitimidade sob a ótica de um paradigma dialógico procedimental, no contrafluxo de tipificações históricas de índole decisionista e monológica. Nessa perspectiva, “o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade” (1997, p. 308). Donde se deflui que nas modernas sociedades pluralistas, após a derrocada do direito natural e a transição da moral convencional para a moral pós-convencional,

o direito positivado enquanto *medium sui generis* de integração social extrai sua força legitimatória de sua gênese procedimental democrática. E, por sua vez, a autocompreensão originada da perspectiva procedimentalista localiza essa gênese do processo democrático nas estruturas da sociedade civil e de uma esfera pública política livre dos imperativos sistêmicos da burocracia e da economia.

Evidentemente, do cotejo do modelo discursivo habermasiano com a dura realidade da práxis social exsurge uma distância quase intransponível, em particular se contabilizado o amplo domínio exercido pelos imperativos sistêmicos sobre as estruturas do mundo da vida, inclusive sobre eventuais pretensões de validade racional procedimental. Nesse sentido, os procedimentos legislativo e jurisdicional no âmbito de um Estado democrático de direito só poderiam gozar de uma *presunção* de racionalidade, até porque a práxis da justificação racional só pode-se fundar sobre argumentos com uma pretensão de aceitabilidade racional e não de verdade incondicional, como em outros domínios do saber. Habermas, a seu turno, não ignora as dificuldades inerentes ao fundamento discursivo da legitimidade normativa no contexto de sociedades complexas e reconhece que “o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e contribuições, de informações e argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, desse modo, a *suposição falibilista* de que os resultados obtidos de acordo com esses procedimentos são *mais ou menos racionais*” (p. 308).

Após o giro lingüístico⁸, a referência residual conteudística do direito, no sentido de garantia das liberdades dos cidadãos, passa a residir doravante no estabelecimento de processos discursivos orientadores de ações do sistema político. Com isso, o paradigma anterior de legitimação do direito referenciado à formação racional da vontade de fundo contratualista cede lugar a uma

formação discursiva da vontade: “a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso” (HABERMAS, 1997, p. 309). Na modernidade, portanto, o signo distintivo da legitimidade se vincula a um processo democrático entendido sob o prisma da teoria do discurso, e não mais a partir de referências a uma moral precedente ou transcendente. A propósito dessa fusão de horizontes sob o paradigma ético-discursivo entre razão procedimental, democracia e direito, assinala com pertinência Gisele Cittadino:

“Um amplo e irrestrito processo democrático de argumentação pode incluir não apenas as concepções individuais sobre a vida digna como os valores culturais que configuram identidades sociais. Em uma sociedade pós-convencional, a lógica democrática pressupõe um uso público da razão que, dada a racionalidade reflexiva e crítica dos cidadãos, não se encontra limitado pelos valores de concepções individuais ou de mundos plurais. Em meio à heterogeneidade e à diferença, não há outra maneira de enfrentamento da violência e da dominação senão através de uma racionalidade prática (...), que, ao colocar em cena um amplo debate democrático, submete a um processo de justificação as normas e instituições das sociedades contemporâneas” (1999, p. 117-118).

Habermas admite que o direito positivo, devido às suas condições formais, surge na modernidade como resultado de um processo de aprendizagem social, funcionando – à falta de um equivalente nas sociedades complexas – como meio adequado para a estabilização de expectativas de comportamento. E, sem embargo de em certos momentos Habermas valer-se de premissas sistêmico-funcionais em algumas elaborações de sua análise de conjuntura dos sistemas político, econômico e jurídico, sob os auspíci-

os das contribuições da teoria dos meios regulativos de Parsons e da psicologia do desenvolvimento social, as conclusões e derivações a que chega alimentam as justificativas do seu modelo ético-discursivo. A autonomia do direito e a identificação de legitimidade com legalidade, por exemplo, assumem em Habermas uma conotação diferenciada e menos radical que a formulada por Luhmann⁹. À pura legitimidade instrumental auto-referida deste, amoral ou moralmente neutra, Habermas propõe a institucionalização de procedimentos jurídicos permeáveis a discursos morais¹⁰. Com efeito, Habermas descreve o direito como um sistema situado entre a moral e a política (1997, p. 218), interagindo discursivamente com ambos a partir dos seus próprios recursos e códigos, num grau consideravelmente maior de abertura cognitiva e menor de auto-referencialidade do que o da teoria sistêmica luhmaniana¹¹.

Como se evidencia pela recorrência da temática ao longo da obra *Facticidade e Validade*¹², em sua filosofia do direito Habermas concede uma atenção fulcral à investigação da relação tensional entre direito e moral, legitimidade e legalidade, e suas múltiplas implicações. Para o filósofo alemão, no Estado Democrático de Direito, a tensão entre legitimidade e positividade é administrada no nível das decisões judiciais como a harmonização entre as exigências ideais feitas ao processo de argumentação com as restrições impostas pela exigência funcional de regulamentação fática do direito. E, sem embargo de o gerenciamento dessa tensão se estender correlativamente às dicotomias entre igualdade de fato e igualdade de direito, autonomia pública e privada, aqui nos interessa mais de perto a ambivalência¹³ analisada por Habermas entre, de um lado, a pretensão de validade normativa do direito evocada pela facticidade da ameaça coercitiva e, de outro, a pretensão de validade social do direito aceito livremente. Sob o prisma reconstrutivo da teoria do discurso, a despeito do caráter originariamente im-

positivo das normas jurídicas assumido na contingência de sua formulação, nada obsta a que no curso de sua aplicação fundamentada nos processos judiciais demande-se por uma pretensão de validação ou legitimidade social, que só poderia ser resgatada – segundo Habermas – por meio de uma práxis justificativa racional baseada nas melhores razões e informações. “Pois o modo de validade do direito aponta, não somente para a expectativa política de submissão à decisão e à coerção, mas também para a expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através de argumentação” (1997, p. 247).

A moral de *per se* é incompleta e indeterminada, vez que seus critérios de avaliação estão adstritos ao subjetivismo discursivo dos participantes sob a perspectiva da justiça, da legitimidade e da simetria de chances, sem quaisquer referências a critérios positivos prévios ou externos. Essa incompletude do discurso moral o leva a “emigrar” para o direito positivo em busca de entrelaçamento ou complementação. Constatado esse imbricamento, a necessidade de administração dessa tensão subjacente ao Estado de direito, entre a facticidade do direito positivo e a pretensão conseqüente de legitimidade de um discurso originalmente coercitivo, leva Habermas a sustentar que, após o colapso do direito natural e das representações metafísicas, “a *racionalidade procedimental*, que *já emigrou* para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes” (p. 246).

Na modernidade, desenvolve-se assim uma relação funcionalmente necessária entre a perspectiva moral e o direito positivo, e não mais de antagonismo ou preferência. O controle dessa tensão interna ao nível do sistema jurídico se verificaria como resultado do intercruzamento entre racionalidade

procedimental e os processos jurisdicionais. Nesse sentido, Habermas assegura que

“...a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental” (p. 203).

E em outra passagem:

“...a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral” (p. 202).

Já vimos que a relação entre moral e direito passa a ser de complementariedade no âmbito do Estado democrático de direito e que, além disso, quando da institucionalização das ordens jurídicas, a moral migrou para o direito positivo, sem contudo se descaracterizar. O que implica reconhecer que agora a moral passa a ser parte integrante e se introjeta nos procedimentos jurídicos, ou seja, a moral internalizada na esfera juspositiva assume uma natureza tipicamente procedimental. Conseqüência relevante que se depreende da introjeção da moralidade nas ordens jurídicas constitui sua função de controle¹⁴ sobre o próprio direito, por meio dos seus recursos de fundamentação e aplicação de possíveis conteúdos normativos. Inversamente, nessa via de mão dupla, também a fundamentação moral das decisões judiciais é restringida no âmbito dos próprios discursos jurídicos, pelos mecanismos da própria lógica operativa do sistema.

Ademais, Habermas reconhece que a relação complementar entre o discurso moral e o direito positivo, embora funcionalmente necessária, não é exaustiva, até porque o direito possui uma estrutura mais complexa que a moral, existindo, com efeito, ques-

tões reguladas pelo direito que não visam unicamente elementos éticos e pragmáticos, mas também ajustes de interesses passíveis de compromisso. Desta feita, a formação política da vontade do legislador democrático não deriva exclusivamente de prescrições morais, devendo somar-se ainda uma ampla rede de debates e negociações aptos a gerar compromisso, a fim de que o direito compense, assim, as deficiências funcionais da moral que conduziria a “resultados indeterminados do ponto de vista cognitivo e inseguros do ponto de vista motivacional” (1997, p. 313).

4. Conclusão

Tradicionalmente, como exposto alhures em leitura retrospectiva, a questão da legitimidade tem estado associada com os fundamentos de validade do poder político. Por outras palavras, com a problemática da justificação do poder, em suas múltiplas variantes. Poder e legitimidade devem caminhar juntos para assegurar a necessária estabilidade ao corpo social. Poder aqui entendido não como poder político em sentido específico de uma esfera de autoridade, mas como poder soberano em sentido amplo, concebido como a expressão soberana do Estado inclusiva de todas as dimensões estruturais e decisórias por ele compreendidas.

Max Weber demonstrou que o poder soberano do Estado sem legitimidade fica paralisado e acaba por implodir. Neste passo, também Habermas considera que sem o recurso às legitimações não é possível a nenhum sistema político assegurar a lealdade das massas. Weber, registre-se, foi o notável precursor de uma teoria geral de legitimação no âmbito das ciências sociais. Ainda hoje, não há como deixar de reconhecer o domínio exercido nas formulações conceituais posteriores pela matriz-teórica de justificação política por ele esboçada. O verniz dos tipos ideais weberianos da autoridade legítima perpassa de modo direto ou indireto as principais reelaborações subsequen-

tes da temática. Mesmo seus críticos tomam-no como referência obrigatória¹⁵. Na esteira do influxo doutrinal de Weber, reportamos ao pertinente ensinamento de Hermann Heller, para quem

“...el poder del Estado no ha de contentarse con la legalidad técnico-jurídica sino que, por necesidad de su propia subsistencia, debe también preocuparse de la justificación moral de sus normas jurídicas o convencionales positivas, es decir, buscar la legitimidad. (...) La legitimidad engendra poder. El poder del Estado es tanto más firme cuanto mayor es el voluntario reconocimiento que se presta, por quienes lo sostienen, a sus principios ético-jurídicos y a los preceptos jurídicos positivos legitimados por aquéllos. *Sólo goza de autoridad aquel poder del Estado a quien se le reconoce que su poder está autorizado. Su autoridad se basa únicamente en su legalidad en tanto ésta se fundamenta en la legitimidad.* La legitimación del poder del Estado puede ser referida a la tradición, de suerte que ese prestigio aparezca consagrado por su origen; o puede apoyarse en la creencia de una especial gracia o capacidad, es decir, en la autoridad que da al depositario del poder el ser estimado como personalidad superior; o bien, finalmente, puede basarse en el hecho de que se vea en el depositario del poder al representante de determinados valores religiosos, ético-políticos o de outra natureza. En este sentido sólo puede considerarse asegurado aquel poder que goce de autoridad entre aquellos que, de los que sostienen al poder, sean políticamente relevantes” (HELLER, 1998, p. 309). [grifos nossos]

Se entendida como pressuposto do poder, nenhum governo poderia nascer sem ser simultaneamente legítimo. Se, ao contrário, supormos que o poder pode-se sustentar sem recurso à legitimidade, a legitimida-

de comportaria uma natureza derivada e secundária do poder *per si*, sendo portanto um atributo e não um pressuposto daquele. Nesse caso, seria factível admitir-se a viabilidade de surgirem governos nascidos sem o signo da legitimidade originária. Por diversas mutações operadas na sociedade, um poder mesmo não originalmente legítimo – isto é, não surgido exatamente sob premissas de validade reconhecidas – poderá, como não raro sói acontecer, convalidar no curso do tempo por meio de algum critério de legitimação, ou até mesmo por acomodação do corpo social com a nova situação constituída. De outra parte, se partirmos da premissa de que todo poder aspira á continuidade e permanência no tempo, perceberemos como e por que o poder busca na legitimidade ou na *autoritas* que ela confere a mola propulsora de sua perpetuação¹⁶. Assim, a legitimidade e o potencial de legitimação ligam-se indissociavelmente à efetividade do exercício do poder. Afinal, os governos amparados por algum componente de legitimação possuem teórica e empiricamente muito mais chances de auto-sustentação e preservação contra insurgências e golpes do que aqueles constantemente ameaçados pela instabilidade do seu não-reconhecimento. *Mutatis mutandis*, mesmo os governos totalitários recorrem a algum critério de legitimação, ainda que meramente retórico, para justificar sua autoridade e *vis imperium*. Não é despropositado o fato de a problemática da legitimidade vir à baila nos debates da opinião pública particularmente quando o poder instituído sofre de uma crise de legitimação. A instabilidade fundada em determinadas situações sócio-político-econômicas desfavoráveis costuma servir de nicho favorável para a contestação do *status quo* dominante, ao mesmo tempo em que cria o potencial crítico para um novo nível de exigência de legitimação.

Como vimos, quanto mais se recua no tempo mais o direito, a religião e o poder temporal parecem misturar-se e não raro formar um todo indiviso. Em muitos casos,

a autoridade espiritual e o poder temporal concentravam-se em figuras representativas de regimes teocráticos ou assemelhados, de forma que o regente enquanto emissário investido na terra de uma ordem superior era a um só tempo legitimante e legitimado. Destarte, ainda hoje no âmbito religioso, a legitimidade das Escrituras, da investidura espiritual dos profetas e de sua dogmática assume grande relevância nos domínios teológicos. Com o advento da modernidade, ancorada na progressiva racionalização e especialização da cultura ocidental, de origem européia, nota-se uma gradativa diferenciação e autonomização dessas esferas de saber humano. O processo paulatino de cientificização e racionalização das estruturas sociais acabaria por trazer consigo uma conseqüente paralela, denominada por Max Weber desencantamento ou desmágicização das cosmovisões e metafísicas. Desde Hobbes, com efeito, marca-se um ponto limítrofe na laicização da justificação do poder soberano. A partir de então, as sucessivas revoluções burguesas se encarregariam de difundir e propagar a nova ideologia do poder desvinculado de recursos místicos, religiosos ou ontológicos. A nova premissa se assentaria num derivado da racionalidade, um *constructo* racional de vontades fundado no consenso.

Diferentemente da discussão hoje menor entre separação de poder estatal e religião, o debate em torno da distinção entre direito e política parece longe de pacificação, a despeito da acentuada tendência mundial atual de interdisciplinariedade acadêmica e profissional. A interseção entre essas duas estruturas sociais de poder e autoridade tem sido e continua a ser alvo de calorosos debates, seja entre os próprios juristas seja entre os cientistas políticos. Isso se torna particularmente sensível no campo do direito constitucional, em que a evidência da convergência mútua é inconteste e as diferenciações mais pedagógicas do que estruturais. Para uns parecerá censurável afirmar que o direito nasceu primeiro e o poder político é

uma sua decorrência, para outros censurável será dizer que o poder estatal surgiu primariamente e o direito constitui apenas uma sua derivação ou sucedâneo; ainda outros fundirão sua aparição num momento único. Por outro lado, se não é possível chegar-se a um acordo sobre o posicionamento espaço-temporal do poder em relação ao direito, de modo satisfatório, não se nega entretanto a evidência da indissociabilidade e do mútuo influxo entre ambas as estruturas sociais¹⁷. Pré-supondo esse mutualismo estrutural, pode-se inferir, com efeito, que a temática da legitimidade também é cara aos estudiosos do direito, obviamente assumindo variáveis diversas daquelas peculiares ao sistema político, mas ainda assim, na essência, preservando o seu aspecto de fator de justificação dos atos e órgãos estatais. Essa percepção se confere mesmo no dizer da famosa frase: nem tudo que é lícito é legítimo e vice-versa. Mais precisamente, podemos identificar que a conotação e o tratamento recebidos pelo tema da legitimidade *versus* legalidade na esfera específica do direito situam-se no âmbito da tensão entre positividade e normatividade. Neste particular, e adotando como paradigma a sagaz analogia estabelecida por Bobbio entre legitimidade e legalidade sob as óticas da teoria política e jurídica, deflui-se que “a legitimidade e a legalidade têm, em relação à Teoria do Poder, a mesma função que a justiça e a validade em relação a uma teoria geral da norma jurídica”. Ainda pelo seu raciocínio: “como a justiça é a legitimação da regra, assim, ao contrário, a validade é sua legalidade; como a legitimação é a justiça do Poder, a legalidade é, ao contrário, sua validade” (Apud GOYARD-FABRE, 1999, p. 288). Donde se concebe que tal como uma norma jurídica pode ser válida sem ser justa, da mesma forma o poder político em um dado Estado pode ser legal sem ser legítimo.

Adentrando mais especificamente no contexto da abordagem da problemática da legitimação sob o signo da modernidade, encontramos em Habermas e Luhmann dois

dos mais representativos expoentes dessa nova tendência integradora, embora com posições divergentes em aspectos relevantes. O referido influxo epistemológico e funcional de interaproximação e heterofundamentação no âmbito das ciências naturais e humanas e das neociências produz uma série de releituras no mínimo intrigantes, a partir da conjunção analítica transdisciplinar (ou interdisciplinar), cada vez mais necessária no âmbito investigativo e cognitivo de sociedades hipercomplexas. De fato, para lidar com a torrencialidade de variáveis, mutações, generalizações, possibilidades e indeterminações oferecidas pela complexidade do sistema social contemporâneo, imperativo adotar-se novas *interfaces* epistemológicas multividentes ou multireferenciadas, sem descuidar obviamente da preservação dos recursos intrínsecos e da própria identidade normativa do sistema jurídico. Esse fenômeno, que em si não é novo, partindo de premissas pré-paradigmáticas fundadas numa visão integradora e holística daquilo que antes era hermético ou auto-referenciado, traz embutido consigo o germe de novas e fecundas releituras interdisciplinares de estruturas e organismos sociais, que não raro demarcam uma ruptura com vigentes modelos epistemológicos e empíricos tradicionais. Como não poderia deixar de ser, apesar da conhecida clausura normativa do direito, esse espontâneo e promissor espectro de variáveis e perspectivas decorrentes destas abordagens interativas de disciplinas cognitivas, aparentemente tão díspares, progressivamente descortina novos horizontes de compreensão da filosofia e teorias do direito e do processo. Isso não implica esvaziamento da autonomia ou da identidade normativa do direito enquanto disciplina autônoma, mas a necessidade de sua adaptação a um novo nível social de justificação, consentâneo com o contexto de trocas simbólico-fáticas próprio do processo de globalização e interdependência contemporâneas. A respeito, observa com muita propriedade Willis Santiago Guerra Filho:

“O que hoje se pratica em teoria do direito (*Rechtstheorie*) abrange não só a temática da “teoria geral” (fontes do direito, norma jurídica, conceitologia jurídica fundamental, etc.), indo muito além, para chegar à aplicação das mais diversas formas de cognição ao estudo do Direito: cibernética, teoria dos sistemas, semiótica, lógica simbólica e matemática etc. É se valendo de esquemas conceituais fornecidos por essas disciplinas, surgidas contemporaneamente, que também, cada vez mais, se procura dar respostas a questões tradicionalmente pertencentes ao campo de investigação da filosofia jurídica” (1999, p. 58-59).

A introdução de análises, observações e critérios cognitivos de outros marcos conceituais na esfera do direito, embora tenha o efeito imediato de provocar perplexidade e aparente dispersão metodológica, na verdade possibilita uma multividência operativa do sistema jurídico a partir de ângulos novos e inexplorados. Tamanha oxigenação das formas jurídicas tradicionais pode levar a primeira vista às idéias de desconstrução e minimalismo, mas entreveamos outras perspectivas e conotações para essas inserções/interseções. Não vemos neste particular um propalado fator desagregacionista e descaracterizador da auto-referência normativa do sistema. E sim, inversamente, um estímulo real e desafiante à própria capacidade de adaptação e aperfeiçoamento do direito diante de uma maior abertura cognitiva, que, utilizando-se de seus recursos hermenêuticos e dogmáticos intrínsecos, saberá filtrar seletivamente tais contributos interdisciplinares de modo a preservar sua identidade normativa e estrutura operativa.

Em regra, o curso de complexificação das modernas sociedades pluralistas e multiculturais aumenta o nível de exigência das justificações do poder e de suas estruturas normativas e constitutivas, e influi simultaneamente na necessidade de se produzir alter-

nativas e ampliar o leque de escolhas no seu âmbito discursivo visando substituir ou alterar parcialmente o modelo vigente. O aumento das variáveis discursivas relativas aos diferentes potenciais de legitimação com pretensões de validade institucional tem o significado evidente de possibilitar a diversidade de motivações de mobilização em busca de consenso e reconhecimento normativo junto às forças sociais. Uma consequência direta dessa constatação relativamente ao campo político é o fortalecimento das democracias, que historicamente se renovam e se vitalizam quanto mais elementos de escolha se oferecem à consideração deliberativa-eletiva. No campo do direito, isso pode ser particularmente notado na demanda por modelos procedimentais mais permeáveis e participativos sem abrir mão do rigor e eficiência técnica, a despeito do forte cariz tecnocrático ainda vigente em muitos países.

A crescente proceduralização social contemporânea, frente ao Estado, pelo Estado e até no âmbito exclusivamente privado¹⁸, pode ser indicada como reflexo ou influxo desse processo referido alhures de juridificação das relações sociais. Desde o advento do positivismo, a recorrência aos procedimentos ou fórmulas processuais, que derivam sua legitimidade da própria legalidade, tornou-se lugar comum. Em decorrência, a legitimidade no plano conceitual entendida como variável histórica de conteúdo axiológico assume agora um caráter eminentemente prático de funcionalidade, no sentido da obtenção de resultados eficientes. Nesse sentido, provavelmente a consequência mais gritante dessa massificação procedimental seja o esvaziamento conteudístico e ideológico¹⁹, ou seja, a legitimidade perde seu significado heteronômico e passa a desempenhar unicamente uma função instrumental auto-referenciada. O excesso de formalismo das modernas tecnocracias tende, neste passo, em nome da qualidade, da rapidez e da eficiência tão desejáveis, a sacrificar de mais a mais as

referências valorativas implícitas e explícitas. O apego ao mecanicismo refinado dos programas condicionais de decisão e a própria velocidade da auto-reprodução dos papéis simbólico-normativos no âmbito dos procedimentos administrativos, eleitorais e jurídicos, no sentido de Luhmann, exige uma crescente neutralização e desassociação conteudística. Assim, “a legitimidade deixa de reportar-se a conteúdos externos e o poder jurídico-político, embora de forma mais ou menos velada por uma retórica tradicional e aparentemente conteudista, pode ter pretensões a uma auto-legitimação” (ADEODATO, 1989, p. 55).

Numa visão mais distanciada de Luhmann e mais próxima de Habermas, entendemos o fenômeno da exigência pela proceduralização antes de tudo como uma demanda social por regras transparentes, válidas e efetivas com exclusão de qualquer arbítrio e aptas a gerar consenso junto às tessituras sociais específicas ou genéricas. Se, por um lado, constata-se faticamente que o procedimento só possui *raison d’être* na medida em que cumpre sua função intrasistêmica, seja ele político, jurídico, administrativo, por outro lado, não cremos ser possível nem desejável esvaziar ou neutralizar a referência conteudística dos procedimentos em nome de uma legitimidade meramente tecnocrática, a despeito da hodierna massificação procedimental, muito menos salutar para seu papel social integrativo.

Notas

¹ “Com Hobbes, bem observa Simone Goyard-Fabre, começa, ao mesmo tempo que a desnaturalização da autoridade do Estado, aquilo que Max Weber chamará de ‘o desencantamento do mundo’” (1999, p. 76-77).

² Com efeito, para Schmitt toda regulação normativa retira sua validade, em última análise, de uma decisão política anterior, emanada de uma autoridade politicamente existente. De modo que “no fundo de toda normatividade reside uma decisão política do titular do poder constituinte, quer

dizer, do povo na Democracia e do monarca na Monarquia autêntica”[tradução livre do espanhol]. (1992, p. 47)

³ Cf. Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 94). Ainda segundo o referido autor, reportando-se a Wiethölter, “o Direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas chamadas sociedades pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização (*Prozeduralisierung*) em seu modo de manifestar-se. Nela se consumaria a superação dialética (*Aufhebung*) dos dois períodos imediatamente anteriores e iniciais da sociedade civil moderna, os quais foram definidos, na teoria sociológica de Max Weber, pela tendência à formalização, do primeiro, e materialização, no segundo, que predomina no Direito moderno” (p. 67).

⁴ Em sentido convergente, pondera Willis Santiago Guerra Filho que: “o movimento histórico de positividade do direito, desencadeado pela falência da autoridade baseada no divino, implica a formação de um aparato burocrático cada vez maior, para implementar a ordem jurídica. Tanto a legislação, como a administração da *res publica* e da justiça, necessitam de formas procedimentais dentro das quais possam atuar atendendo aos novos padrões legitimadores do Direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade” (1992, p. 79).

⁵ Em sentido contrário, a crítica de Claus Offe, para quem “as regras de procedimento só parecem dispor de uma força legitimadora autônoma, quando lhes é atribuído um sentido material, ou quando são aplicadas a problemas não-conflitivos e relativamente inofensivos” (1994, p. 269).

⁶ Assim, “...a legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso” (p. 31).

⁷ Em particular, três linhas temáticas têm despertado a atenção de Habermas no âmbito investigativo da filosofia política: “1) o problema da fundamentação normativa da Teoria crítica da sociedade; 2) discussões concernentes à questão da legitimidade dos regimes políticos do capitalismo avançado; 3) reflexões sobre as possibilidades de funcionamento de uma democracia radical...” Maia, Antonio Cavalcanti (2000, p. 9). Para efeito deste ensaio, ater-nos-emos especialmente às contribuições derivadas das duas últimas.

⁸ *Momentum* epistêmico-hermenêutico pelo qual se verifica um “*turning point*” da concepção de razão monológica centrada no sujeito em direção a uma vertente de racionalidade intersubjetiva ancorada na pragmática da função lingüística.

⁹ Na concepção luhmaniana, a legitimidade da legalidade liga-se ao efeito vinculativo propor-

nado pelas estruturas de aprendizado e reaprendizado de expectativas normativas. Considera Luhmann que, em sociedades fortemente diferenciadas e com um direito positivo, a legitimidade do direito não pode ficar dependente de categorias motivacionais psíquicas referentes a valores e normas. Segundo ele, a crença na vigência de valores e normas, neste novo contexto sistêmico, agora fica reduzida a uma mera variável. Por esse prisma, a legitimidade da legalidade é fruto da integração de um duplice processo cognitivo: de um lado, os processos diferenciados de controle e regulação das decisões e, de outro a aceitação de decisões sobre expectativas normativas. Assim, “quando o direito é positivado, não só os que decidem tem que aprender a aprender. Muito mais o precisam os atingidos por essas decisões” (1985, p. 63). “A legitimidade da legalidade, portanto, não caracteriza o reconhecimento do caráter verdadeiro de pretensões vigentes, mas sim processos coordenados de aprendizado, no sentido de que os afetados pela decisão aprendem a esperar conforme as decisões normativamente vinculativas, porque aqueles que decidem [os juízes], por seu lado, também podem aprender”(p. 63).

¹⁰ “O direito, pondera Habermas, não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da ‘eticidade democrática’ dos cidadãos e da cultura política liberal”. (...) “Como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito”(1997, p. 323, 230).

¹¹ Habermas associa a autonomia do direito à realização do Estado democrático de direito, enquanto Luhmann deriva a auto-referência do sistema jurídico da diferenciação de seu código binário de preferência daqueles outros códigos dos sistemas da política e da economia. Além disso, Habermas na perspectiva da sua teoria do discurso entende que o código imanente à comunidade do direito precisa ser completado por meio dos direitos comunicativos e de participação, que assegurem um “uso público e equitativo de liberdades comunicativas”(1997, p. 319-320).

¹² Cujas tradução brasileira recebeu o título “*Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*”(1997).

¹³ Segundo anota Flávio Beno, “a posição defendida por Habermas situa-se (...) entre dois extremos: entre o positivismo e o funcionalismo neutro, de um lado, que não faz referência alguma à moral e à justiça, e o cognitivismo kantiano, de outro, segundo o qual o direito positivo depende essencialmente da moral, devendo, pura e simplesmente, ser subsumido à idéia de justiça” (SIEBENEICHLER, p. 162).

¹⁴ Neste particular, mister conferir a posição de Klaus Gunther, para quem “a razão prática se faz

valer, em contextos de fundamentação de normas, através de um exame da possibilidade de universalização de interesses e, em contextos de aplicação de normas, através da apreensão adequada e completa de contextos relevantes à luz de regras concorrentes. Por conseguinte, os processos jurídicos destinados a institucionalizar a imparcialidade da jurisdição têm que fazer jus a essa idéia reguladora” (Cf. Habermas, 1997, p. 246).

¹⁵ “O tratamento dos processos de legitimação nas ciências sociais move-se hoje” – inclusive entre teóricos marxistas – “sob o signo de Max Weber” (HABERMAS, 1983, p. 239).

¹⁶ Acerca da íntima relação entre autoridade e legitimidade, também Carl Friedrich, para quem “a autoridade ajuda a legitimar o poder e o Governo pelo próprio fato de que a capacidade para emitir comunicações que podem ser elaboradas por razões convincentes ajuda aqueles que emitem as comunicações a serem olhados como tendo o direito à posição governante que ocupam” (1974, p. 99).

¹⁷ A esse respeito Miguel Reale assinala com pertinência que “a problemática do poder é essencial tanto à Ciência Jurídica quanto à Ciência Política, não faltando jusfilósofos contemporâneos que, justamente, apontam o poder como ‘elemento de conexão’ entre o mundo do Direito e o do Estado, os quais reciprocamente se coimplicam, sem se reduzirem um ao outro” (1984, p. 76).

¹⁸ A exemplo da notória expansão dos procedimentos de arbitragem comercial privada.

¹⁹ Em sentido contrário, Willis S. Guerra Filho avalia que “a ciência jurídica – como toda ciência, alíás – não tem como escapar completamente das influências ideológicas. É certo, também, que para ela é particularmente difícil uma ‘neutralização ideológica’, e podemos mesmo duvidar de que isso seja desejável, pois, se perseguirmos esse já tão desgastado ideal com demasiada obstinação, terminamos por não cumprir um dos principais compromissos que se deveria assumir ao fazer ciência jurídica: o compromisso com a democracia e a emancipação social” (1999, p. 204).

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Problemas de legitimidade: no rastro do pensamento de HANNAH Arendt*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CALVO GARCIA, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: uma versión crítica*. Madrid: tecnos, 1994.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *Tradição e autoridade em ciência política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. Estatuto epistemológico da pesquisa em direito. *Notícia do Direito brasileiro*. Brasília: Faculdade de Direito/UnB, n. 5, jan./jun. 1998.

_____. Sobre a natureza processual da constituição. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 62, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. Problemas de legitimação no estado moderno. In: _____. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. Uma outra via para sair da filosofia do sujeito: razão comunicativa vs. razão centrada no sujeito. In: *Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Introdução de João Pisarra Esteves. Disponível em: [Http://ubista.ubi.pt/~comun/esteves-pisarra-luhmann.htm](http://ubista.ubi.pt/~comun/esteves-pisarra-luhmann.htm). Lisboa: Vega, 1992.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

_____. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. V. 2.

MACEDO Júnior, Ronaldo Porto. *Constituição, Soberania e Ditadura em Schmitt. Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 2, 1997.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia*. Rio de Janeiro, 2000. (mimeo.)

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: KRIEGER. Maria da Graça; ROCAH.

- Marininha Aranha, (Orgs.). *Novos rumos de pesquisa*. Porto Alegre: UFRGS, 1998.
- NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. *Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 37, 1996.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza, 1992.
- _____. A revolução legal mundial: superlegalidade e política. *Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 42, 1997.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. In Jürgen Habermas: 70 anos. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, n. 138, 1999.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1998. V. 1.

Lavagem de dinheiro

Lei nº 9.613/98

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Sumário

Introdução. 1. As dificuldades no combate. 2. A delinquência dourada no Brasil – um esboço histórico. 2.1. Brasil-Colônia. 2.2. Brasil-Império. 2.3. Brasil-República. 3. Admirável crime novo. 4. Criminalidade dourada e nova ética – perspectivas doutrinárias. 5. Lavagem de dinheiro – conceitos e fases. 5.1. Conceito. 5.2. Fases. 5.3 Ilustração das fases. 6. Antecedentes históricos. 7. A lei de lavagem de dinheiro. 7.1 Aspectos gerais. 7.2. Aspectos específicos – posicionamento crítico. 7.3. Aspectos processuais penais. 8. Responsabilidade administrativa, o COAF e a questão do sigilo bancário. Conclusão.

Introdução

O presente estudo tentará mostrar a criminalidade dourada como um mecanismo propulsor das diferenças de classes, tão comuns nas sociedades capitalistas, e assim também o seu alto poder lesivo à economia.

Pela sua natureza, esse tipo de manifestação criminosa requer respostas diferentes daquelas oferecidas à criminalidade tradicional. Ainda, se tentará mostrar que tal criminalidade foi desvendada pela criminologia da reação social.

Aliando-se a isso, ficará evidente, por um termo cunhado pela sociologia crítica: a cifra oculta, que o Sistema Penal (policial, jurídico e penitenciário) é seletivo e desigual em especial nessa criminalidade em relação à tradicional, tendo em vista a posição de seus agentes na sociedade de classes.

Hekelson Bitencourt Viana da Costa é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB.

O termo em tela não é unânime como conceito uno ou nomenclatura entre os autores. Ora alguns tratam como macrocriminalidade, ora criminalidade não-convencional, crime de colarinho branco (*white collar crime*), delinquência dourada ou ainda hiper-criminalidade.

Mas como significado, como substância não há tanta distinção entre os autores. Esse tipo de criminalidade abarca algo diferente da microcriminalidade ou criminalidade tradicional. Nele se encontram os atos que violam a Lei Penal, mas que são praticados por pessoas de elevado padrão social e econômico, dentro de uma profissão lícita, mas com um evidente exercício abusivo.

A violência física direta é praticamente inexistente, pois seus agentes atingem a seus objetivos por meio da astúcia, da fraude e da simulação. Esses agentes ancoram-se em suas posições sociais e, conquanto têm poder econômico e corolário político, desfrutam da respeitabilidade social que possuem.

Ainda que a violência física seja quase que inexistente, essa criminalidade, pelas cifras que faz acumular, ocasiona prejuízos enormes à economia dos países, o que corresponde a um entrave ao desenvolvimento e à própria cidadania, visto que outros membros da sociedade são excluídos da participação dos bens resultantes dessas ações.

Como bem se depreende da lição de Roberto Lyra, essa criminalidade é praticada pelos “inacessíveis e incapturáveis”. Daí que esses crimes, ao serem objeto de estudos, devem ter em conta as observações criminológicas sobre a cifra oculta da criminalidade – outro grande marco nas investigações da criminologia da reação social. Trata-se daqueles crimes que não estão nas estatísticas oficiais, nem mesmo tendo chegado a registro pela atividade policial.

No mais das vezes, a microcriminalidade (tradicional), como os pequenos assaltos, homicídios entre as pessoas pobres, furtos de pouca monta, acidentes de trânsito, ocupa longos espaços e tempo nos meios de comunicação de forma detalhada. O que, de

forma contrária, não ocorre com a macrocriminalidade (criminalidade dourada), pois a sua veiculação nos meios de comunicação vem em tiragens parciais e isoladas, o que pode levar a uma interpretação de que se é impossível apurá-los em toda a sua extensão. O que não é verdade, haja vista, por exemplo, as grandes operações já realizadas para combatê-los:

- a operação Mãos Limpas na Itália, inclusive com o processo penal do ex-primeiro ministro Andreotti;

- a operação ABSCAM, promovida pelo FBI, nos Estados Unidos, na qual se constatou a corrupção de legisladores e altos funcionários estatais;

- a tentativa, pelo Ministério Público de São Paulo, em resolver a máfia da prefeitura daquele Estado;

- a tentativa, em tese, de no Brasil, de acordo com a ABIN (Agência Brasileira de Informação), ocorrerem situações análogas às experiências italiana e americana.

Diante desses exemplos, torna-se evidente que a microcriminalidade coexiste em tempo e espaço com a criminalidade dourada, porém a microcriminalidade é de natureza conjuntural, praticada quase que de forma aleatória, salvo pequenas organizações. Mas o mais importante é que o microcriminoso é encarado como um indivíduo à parte, um marginal. Tem aqui o Sistema Penal forte influência da Teoria pura do direito (crime e o tipificado) que leva, ainda hoje, muitos a enxergarem a criminalidade tradicional como a única forma de delinquência existente, e tendo em vista que muitos crimes (da criminalidade dourada) não são tipificados, pois o seu leque é grande ou ainda nem são conhecidos. Isso favorece a continuação da criminalidade dourada, e como consequência a impunidade de seus agentes.

A macrocriminalidade – criminalidade dourada – é de natureza sistemática e estrutural. Sistemática porque se envolve no Sistema Jurídico Penal, possuindo dois fatores: o lucro e a impunidade. É, pois, uma delinquência em bloco, conexo e compacto den-

tro do Sistema Social como um todo, de modo pouco transparente (como no caso do crime organizado) ou sob o rótulo da atividade econômica lícita (crime do colarinho branco).

Fica fácil, assim, visualizar que tais atividades prosperam em países desenvolvidos e em desenvolvimento, pois a possibilidade de lucro é maior, o que favorece a corrupção de autoridades e demais funcionários do Estado.

Assim a macrocriminalidade compreende os crimes de colarinho branco e o crime organizado, ambos em suas várias formas. Tal compreensão não é uma conceituação fechada, ainda mais que a criminalidade em tela (dourada) é, como visto, praticada por “inacessíveis e incapturáveis”, o que leva a crer que o conceito englobaria então todos os delitos praticados por essas pessoas tendo em vista a cifra oculta de suas posições na pirâmide social e então a certeza de que não “selecionados” (o que não é correto), significando serem impunes, mesmo que suas ações sejam prejudiciais à coletividade.

Para tentar minimizar o problema de identificação, trago à baila o seguinte elenco de crimes de colarinho branco:

- formação de cartéis;
- abuso do poder econômico das multinacionais;
- obtenção fraudulenta de fundos do Estado;
- criação de sociedades fictícias;
- falsificação de balanços;
- fraude contra o capital de sociedades;
- concorrência desleal;
- publicidade enganosa;
- infrações alfandegárias;
- infrações cambiais;
- infrações da bolsa de valores;
- *dumping* de produtos farmacêuticos;
- manipulação de sorteios de consórcios e de loterias;
- indústrias de insolvência;
- defraudação do consumidor;
- espoliação abusiva por instituição financeira etc;
- lavagem de dinheiro.

Esse elenco foi elaborado pelo Conselho da Europa, órgão que colabora e assessora o Conselho Econômico e Social da ONU e que tem como funções principais formular recomendações de políticas para os sócios e para o Sistema da Organização das Nações Unidas, bem como fazer estudos ou relatórios de interesse econômico e social, de que se depreende a preocupação global sobre essa espécie criminosa.

No Brasil, ante o caráter ultrapassado da Lei de Economia Popular de 1951, surgiram alguns mecanismos para melhor combater o crime. Esses mecanismos estão colocados na Lei do Consumidor de 1990, na Lei do crime organizado e na Lei 9.613/98 – a lei de lavagem de capital.

A título de comparação, para se dimensionar o problema: apenas no período de um ano a criminalidade do colarinho branco nos Estados Unidos rendeu 30 a 40 bilhões de dólares, o que, como bem observa Marchall Clinard: “(...) representa, em termos de prejuízos para a sociedade, em 01 único crime dessa natureza à soma de milhares de crimes de pequenos furtos, furtos qualificados (os quais representam a criminalidade tradicional)”.

Cabe aqui ressaltar que tal tipo de criminalidade torna-se visível, graças ao trabalho da criminologia crítica, pois, como bem leciona Frederico Abrahão, em seu *Manual de Criminologia*, o Estado Moderno capitalista defende os interesses das classes mais fortes economicamente. Esse tipo de organização transformou a Criminologia Tradicional em peça de controle social, mantendo a ordem posta, fazendo do Sistema Penal (penitenciário, policial e judicial) mera peça para uma determinada clientela. Não é à toa que Jorge de Figueiredo e Manuel da Costa Andrade falam da criminologia da seleção, ou seja, inclusive no tribunal, os juízes relutam em condenarem indivíduos de determinadas classes, talvez nem em função da pessoa juiz, mas de mecanismos de seleção tais como o da verdade processual, pois os indivíduos de tais classes conseguem pa-

gar bons advogados, fazendo da verdade processual uma outra, e também existe o mecanismo dos bons antecedentes (disposto no artigo 59 do Código Penal brasileiro), os quais os agentes desses crimes possuem, devido à sua posição social.

Aliás, Alessandro Baratta, lastreando-se em Dahrendof, lembra como mecanismo seletivo a “sociedade dividida”; assim, demonstra que os juízes provêm de apenas algumas classes, o que aponta, como já citada retro, a posição desfavorável dos acusados (seleccionáveis) no processo.

Assim, a seleção, além de retirar tais indivíduos (da criminalidade dourada) da órbita penal, tem nitidamente a função de Poder, visto que, aqui, separam-se os puníveis e os não-puníveis pelo sistema. Isso se esclarece porque a explicação da Criminologia Crítica se baseia em que as contradições das classes subordinam o crime a relações dessas mesmas classes na produção econômica. Ou seja, não se equaciona o crime e a criminalidade sem profundas alterações na base estrutural da sociedade capitalista. Exemplo vivo é da execução penal: mesmo que um não-seleccionável sofra a sanção penal, a sua execução será diferente, o Sistema Penitenciário ratificará as desigualdades por meio de prisões especiais, *sursis*, etc. Tal diferenciação não é aquela descrita no começo deste trabalho, como necessária repressão a hipercriminalidade, pois aqui não é uma repressão propriamente dita. Essa forma de diferenciar é tão-somente uma ratificação da desigualdade do Sistema, ao tratar os agentes de uma e de outra criminalidade.

Faz-se mister novamente a lição de Frederico Abrahão em relação ao tipo de criminalidade deste trabalho, com base, claro, nos apontamentos da Criminologia Crítica, a qual deve focalizar as explorações exercidas por empresas multi e transnacionais controladoras de setores principais da economia e que tal controle consiste em fonte incalculável de corrupção, fraudes etc. Daí que, como dito antes, tal criminalidade qua-

se não possui violência efetiva, mas existe, sim, uma violência oculta, indireta, mas enormemente cruel aos direitos humanos.

O direito penal, na lição de Vicente Cerinicchiario, deve ser expressão do Estado Democrático de Direito, não devendo, pois, ser objeto de domínio de classes, como se observa. Aliando o tema deste trabalho aos dizeres do autor ilustre Ministro, pode-se ver uma ligeira mudança de posição, pois, com o advento da Lei 9.618/93 sobre lavagem de dinheiro, parece que o Brasil demonstrou, embora tardiamente, preocupação para atingir a criminalidade dourada. Tardia porque, já na década de 70, nos EUA, com os lucros absurdos, o crime organizado precisou reverter o capital com segurança para o exterior e fazer fluxo de caixa, passando a fazer uso da lavagem de dinheiro. Contudo, a mera positivação, como é a resposta legislativa, não é tudo, pois o Sistema Penal ainda continua seletivo.

Neste ponto, é interessante focar-se em um novel tipo penal, nitidamente pertencente à criminalidade dourada e recentemente positivada: a lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98).

É sabido que os crimes dessa natureza geram lucros enormes e podem causar até instabilidades de governos frente às ruínas políticas que possam originar, daí que a nova lei tutela, objetivamente, então, o Sistema Financeiro Econômico nacional. Fica evidente que, com o mundo se agilizando, principalmente em termos comerciais e tecnológicos, a rápida movimentação de capitais é extremamente perigosa, como se teve oportunidade de vislumbrar diante das crises cambiais do México e da Rússia. Diante disso, a lei indica as pessoas jurídicas e físicas que devem identificar seus clientes e operações financeiras, bem como manter registros das operações efetuadas e o seu valor; o que permite em tese às autoridades “seguir o rastro” de possíveis operações suspeitas.

Com o exposto, nota-se que no mundo moderno convivem as duas criminalidades:

a tradicional e a não-convencional (dourada); citando Juary Silva: “aquela age de modo artesanal e essa em uma verdadeira linha de montagem”.

É a criminalidade dourada uma característica da sociedade industrial ou, mesmo, da pós-industrial, ou seja, na proporção que cresce a oferta de produtos e serviços econômicos aumenta, em igual termo, a suscetibilidade de bens jurídicos a ataques. Sendo, portanto, algo marcante na sociedade capitalista, assim tornando-a um ente criminógeno em sua essência, como sociedade de classes. Em outras palavras: é uma sociedade que oferece ensanchas ao cometimento do crime, pois o desenvolvimento econômico feroz desperta o desenvolvimento, pela cobiça, da criminalidade de escol, de ardil.

Deve-se, pois, zelar por um Direito Penal dicotômico, que é aquele que trate de ambas as criminalidades, pois, se a criminalidade dourada é fruto tecnológico, deve ser combatida pela mesma tecnologia, baseada no seu conhecimento do seu *modus operandi*, não com fundamento no fracassado combate à criminalidade comum.

1. As dificuldades no combate

Roberto Lyra Filho (Apud FERNANDES, 1995, p. 431) considera a macrocriminalidade como crimes por atacado cometidos por indivíduos que, por sua posição sócioeconômica na esfera social, são tidos como inacesíveis e incapturáveis, os quais, consciente e tranqüilamente, violam as leis para aumentar os lucros de suas atividades ocupacionais. Respaldam-se, destarte, no seu poderio econômico como fator de intangibilidade e impunidade.

Oxalá fosse essa a única dificuldade no combate, dadas as características do crime, seu caráter transnacional como fator de fuga de investimentos, associado à rapidez que a globalização econômica nos traz: outras dificuldades levantam-se, certamente.

Mesmo porque, como bem nos admoesta Roque de Brito Alves, o crime passa a ser

globalizado acompanhando a evolução das finanças e dos mercados internacionais (2000, p. 6). Não basta mais a conduta organizada de outrora, pois a lavagem de dinheiro serve de intercâmbio entre as organizações internacionais criminosas, tal troca é em nível não somente de informações, mas de serviços de práticas, entre as quais o ilícito em epígrafe, o que se está caracterizando como uma verdadeira DIT (Divisão Internacional de Trabalho, só que criminal). Daí outra dificuldade, que é, também, consequência dessa modernização, segundo nos relata Adrienne de Senna, presidente do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras –, sobre a necessidade de formação de Recursos Humanos na apuração do ilícito da lavagem de dinheiro, que é bem específico (2000, p. 25).

Acrescenta-se aos expostos os obstáculos que autoridades bancárias impuseram, nos últimos anos, com normas rígidas como meio de combate à prática, o que forçou, em certa medida, a que a lavagem de dinheiro passasse a operar em menor escala nas atividades bancárias, migrando para atividades mercantis, como transações imobiliárias no grande mercado de jóias e obras de arte, bolsa de mercadorias, bingos e empresas de *factoring*.

Entre nós, em 1990, o Relatório número 12¹, fruto de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, destinada a apurar a fuga de capital e a evasão de divisas do Brasil, dá-nos provas da dificuldade no combate a essa criminalidade. Interessante notar que a lavagem, entre nós, só foi tipificada em 1998, fato este que poderá explicar, mais adiante, certos lapsos no documento em questão.

Ora, nesse documento, de início, percebe-se que a posição da CPI foi de limitar-se à investigação das fraudes cambiais em importação, realizadas por empresas nacionais e multinacionais, eis que os principais envolvidos, como bancos, multinacionais e corretoras de câmbio, tinham (e têm) forte poder de pressão sobre o Corpo Legislativo.

Há indícios que nos permitem perscrutar do uso da lavagem de dinheiro como fator legitimador das práticas apuradas, como quando o representante do BACEN (Banco Central) afirma que pode ter ocorrido mau uso dos cruzados originados com a transformação das divisas obtidas por financiamento externo. Ou quando o representante da Polícia Federal lamenta que, na busca para a identificação dos destinatários das remessas sob fraude, haja esbarrado no sigilo dos bancos suíços, o que impediu a identificação dos beneficiários. O Relatório conclui que, entre os demais modos operacionais, estavam as infrigências aos CCRs, que são documentos de remessa de dinheiro para fora do país, e a constatação de exportadores inexistentes.

O Inquérito, no âmbito da Polícia Federal, que o relatório transcreve, afirma que as fraudes ocorreram para obtenção de lucro entre o câmbio oficial e o paralelo; tal diferença, que seria o ilícito – o lucro –, era aplicada no mercado de investimentos ao portador. O montante da fraude foi de mais de US\$ 20.000.000. Os indiciados haviam deixado o labor na área bancária e, usando o lucro auferido, passaram a atuar em atividades diversas. Houve, ao final do Relatório, o envolvimento de 24 bancos, 25 corretoras de câmbio e 105 empresas de importação. As fraudes incluem a movimentação de mercadorias, serviços e moedas estrangeiras.

Aliada a essas dificuldades soma-se outra: a de que o Estado, enquanto ente preocupado com a criminalidade tradicional (que se mostra abertamente e vem causando violência e uma comoção maior no grande público), está defasado em relação à macrocriminalidade, que é sutil, quase sempre impune, corrupta e corruptora, mas tão ou mais violenta que a tradicional, pois, ainda que invisível, essa violência acarreta desvio de recursos que poderiam estar em programas sociais. E, também, por causar, em nível internacional, insegurança e descrédito quanto ao mercado brasileiro, o que significa menos recursos externos em investimen-

tos na economia do país, nesta era de capital volátil.

E, por derradeiro, há uma verdadeira inversão de valores na sociedade, como autêntico caldo de cultura, que é propício para a proliferação de crimes dessa estirpe, característica predominante das sociedades capitalistas, consumistas em sua essência, prevalecendo o Ter em desfavor do Ser. É, pois, dessa verdadeira “neutralidade ética” que ascende mais uma dificuldade de combate, porque parece efetivar-se a noção maniqueísta de vitória do Mal sobre o Bem. A finalidade do lucro acaba por gerar, nos componentes sociais, uma aceitação de certas práticas delitivas, como que não permitindo mais enxergar os danos causados à sociedade, tanto em termos monetários, como éticos, em crise de significado muito mais profundo do que se imaginava.

2. A delinquência dourada no Brasil – um esboço histórico

2.1. Brasil-Colônia

A corrupção no Brasil vem de longos tempos, passando, pois, pela fase da Colônia, do Império e da República. Como bem leciona Sérgio Habib (1994), no máximo o que conseguimos ser foi uma “terra brasileira”, não uma nação, visto que inexistia um código moral. A nossa colonização definiu-se como meramente exploradora, competindo-nos apenas fornecer matéria-prima, sendo constantes os desvios na remessa de mercadorias e, também, na arrecadação dos tributos.

Esse ranço ainda persiste entre nós: é o pensamento que encara os bens públicos como se fossem de terceiros, e toda essa maneira de postar-se atravessou o período de dominação, seja do colonialismo português, seja da dependência inglesa, já no Império; seja no período republicano com a dependência norte-americana.

Ora, é compreensível esse ponto, visto que os que aportavam aqui eram os falidos

e incorrigíveis (SANTOS, p. 132), não havendo, pois, um compromisso ideológico ou moral em formar uma nação. Nessa época, já era implantada a lei da vantagem no Brasil. Assim, a avidez dos que aqui chegavam para enriquecer-se com a forma de abundância da nova Colônia fazia com que se multiplicassem os casos de corrupção.

É lógica a percepção do motivo pelo qual a MetrÓpole não permitiu o aprimoramento moral, pela educação, da vida na Colônia: somente com o temor de perder o domínio e, em conseqüência, o poder sobre o lucro existente no negócio além-mar! Daí, como resultado, nenhum esforço foi erigido para melhorar as condições de educação, como bem nos colocam Vicente Barreto e Antônio Paim (1989, p. 35).

O governo português compreendeu, durante o período pombalino e depois, que o “grande perigo para suas colônias estava nas disseminações das novas idéias do francesismo”.

Nota-se então a diferença da colonização brasileira para com a norte-americana: eis que, nesta última, os povoadores deixaram o Velho Mundo, por perseguição religiosa e, na Terra Nova, estabeleceram-se para fundar uma pátria. A colonização brasileira, como demonstrado, resultou em mera empresa de saque e de exportação. Nessa fase, a corrupção ou delinqüência assumia formas de desvio, subtração, propina na relação Colônia-MetrÓpole.

Tais conhecimentos permitem-nos afirmar que nosso atraso não é de cunho ético, por influência indígena ou africana, mas, sim, de uma política distorcida da MetrÓpole, sem um objetivo cultural ou projeto político a ser perseguido pelos habitantes das terras brasileiras, que, oprimidos e entregues à própria sorte, viram na corrupção uma forma fácil de enriquecimento, sem nenhuma implicação ética na relação dominante/dominado. É nessa relação que a corrupção apresenta peculiaridades circunstanciais, mais do que do caráter de um povo, pois não havia uma unicidade de pensamento,

daí não se poder identificar a índole do povo brasileiro como má ou distorcida. O comportamento do homem comum estava espelhado na forma de agir da MetrÓpole.

2.2. *Brasil-Império*

O expansionismo francês, operacionalizado por Napoleão Bonaparte, como sabido, por via direta, transferiu o reino de Portugal para o Brasil, em 1808. Bem demonstra Sérgio Buarque de Holanda² que tal transferência era há muito ansiada, pois podia-se realizar um “Portugal maior do outro lado do mar”; ou como Luís da Cunha aconselhava, ao propor a D. João VI a transferência, adjetivando Portugal como mera orelha de terra, terra essa parte por cultivar, parte pertencente à Igreja.

Assim, feita a transferência, houve abertura dos portos às nações amigas, fundação de escolas, fomento do comércio e abertura de biblioteca. Foi um choque, pois um povo não acostumado a um relacionamento direto com a realeza, de uma hora para outra, via a própria usufruindo do mesmo território. No entanto, as festas, o poder e toda a cultura real, a grande massa só acompanhava de longe. O desenvolvimento experimentado foi tão grande que Gilberto Freire³ afirma que a Colônia não obtivera em três séculos o que obteve em menos de uma década.

Ora, com essa modernidade, com esse progresso, as formas de corrupção evoluíram para adaptar-se à realidade. A corrupção não era aquela de contrabando, que envolvia os padres da Cia. de Jesus, a qual acabou por cunhar o termo do “santo-dopau-oco”.

A ocupação, da outrora Colônia, de degredados e incorrigíveis cedeu lugar aos investimentos culturais e às melhorias na infra-estrutura: saúde, cultura, habitação, etc. De igual modo aconteceu com a delinqüência dourada, que devia ser mais requintada, pois praticada por nobres e ocupantes do Governo.

Já na segunda metade do século XIX, com uma relativa estabilidade econômica e po-

lítica, não faltaram casos de freqüentadores da Corte que, usufruindo suas posições elevadas, de suas vantagens nos cargos, levantaram lucros resultantes de negócios escusos.

Ora, fácil depreender-se que, mesmo com a transferência, a realeza não tinha tradição genealógica aqui na nova terra. As concessões, então, dos títulos eram oriundas de um jogo de interesses, os quais contribuíram, como afirmado no parágrafo retro, para casos de macrocriminalidade.

Foi assim que a política se apresentou e demonstrou-se como ambiente propício para vicejar essa manifestação criminosa. Pode-se, portanto, afirmar que a forte corrupção reinante somada à falta de presença do Imperador, por sua doença, contribuíram para pôr a Monarquia ladeira abaixo. Mesmo porque a forte concentração de poder na figura do Rei fazia com que, por mero “efeito dominó”, os acertos e desacertos de seus Ministros o envolvessem em negócios escusos, atingindo-o e à sorte de seu reinado.

Nessa aura de insatisfação da grande massa e da classe média, o novo regime era inevitável, pois a Monarquia já era, ressentida pela ausência de Governo, desacreditada, o que aumentou, no seu ocaso, a corrupção, por quebras de princípio morais; e mesmo porque a Monarquia, no Brasil, nasceu condenada, pois trazia inserta em si a própria ruína: o latifúndio, relações de produção próximas do que se observara no Feudalismo e ainda o escravismo, conforme se depreende da lição de Emília Viotti da Costa (1995).

2.3. *Brasil-República*

Nélson Hungria⁴ nos ensinou que a corrupção não é exclusividade de um povo e, sim, é exclusiva do homem: ela é de todos os tempos. Assim, não foi a República, desde quando incipiente, a responsável pelas benesses, pelas mazelas que o Império não debelou. Pelo simples fato de que a criminalidade dourada é decorrência da frouxidão moral, da desordem dos costumes, da impunidade imperante, da preterição ou au-

sência da ética em relação ao consumismo, e ao hedonismo, em uma sociedade europeizada.

De forma simples, a República foi impulsionada estruturalmente por duas forças: uma pequena camada formada por intelectuais, entre médicos, advogados, jornalistas e militares do baixo oficialato, camada essa que não tinha expressão econômica; a outra, força de considerável expressão econômica, formada pelos grandes cafeicultores, prósperos sobretudo em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Logo de início, a primeira força se afastou, por entender que o modelo constituído fugia dos seus ideais, o que a história corrobora, pois, com a implantação da república, foi-se esta afastando do programa a que se deveria restringir. Um exemplo é o re-estabelecimento do Coronelismo, que se iniciara no Império e, fortalecendo-se na República, vigiu com todas as suas conseqüências econômicas, sociais e políticas.

Ora, no Coronelismo predominava a consideração, o apadrinhamento, trocas de favores, uma rede infundável de tráfico de influência. Nas palavras de Sérgio Habib: “Para que ambiente mais propício, pois em que pudessem medrar a corrupção?” (1994, p. 28).

Com o passar dos governos e reforçada a ação do poder econômico, adveio a Revolução de 1930. É a transformação da política em politicagem. É a derrocada da limitação moral, e, em seu lugar, foi-se esculpindo a teia de interesses de grupos econômicos, visando, óbvio, à obtenção de lucros sempre maiores e a sua permanência no poder. Aviltou-se, não obstante, a diferença entre os Estados-membros com a república do café-com-leite.

Rui Barbosa, com incomparável ética, legou-nos a idéia da tal época; a primeira fase republicana:

“... É o Banco do Brasil o escondido dos grandes empréstimos, nunca resgatados, é o Lloyd Brasileiro, antigo valhacouto de mil liberalidades escusas... Houve presidente que à boca

3. Admirável crime novo

aberta, confessou ter deixado sair por razão nos cofres do Estado, não menos de cinco mil contos” (1986, p. 19).

Com a segunda fase, mas precisamente com Vargas, procurou-se corrigir o apadriñamento com a instituição do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), o que não evitou a proliferação de desvios escusos. Com a incipiente industrialização, houve uma grande proletarização nas cidades. Até meados da década de 50, estava criado um novo ambiente, com distorções da política, a falta de ética no desempenho dos misteres públicos, o agigantamento do funcionalismo público e a proliferação e o aqulamento das práticas cartorárias e burocráticas: era uma nova desenvoltura da prática da corrupção.

Como é conhecido, a partir dos anos 60, ao lado da corrupção, imperavam os primeiros lampejos expressivos da inflação. Um desespero para a grande parte da população, enquanto se beneficiava uma pequena casta de banqueiros e industriais das políticas perversas, por seqüestrarem renda e fragilizarem a cidadania.

Tal situação não melhorou com o golpe de 31 de março de 1964, pois a falácia de combater a macrocriminalidade, com a qual se implantava a “Revolução”, viu-se por terra, como bem nos mostra a análise histórica, em especial a da magistral obra “A trilogia do terror”, a implantação de 1964⁵. Vê-se, então, que esse não era o incômodo. Era, sim, um temor de caráter ideológico, de que o poder viesse a cair em “mãos de comunistas”, certamente de atores e de projetos estranhos às elites, as quais sempre dominaram o país. E, como se pode verificar, nos governos militares imperaram formas de delinquência não tradicional. Ora, o poder não é só fonte, como estuário de corrupção, pois falta a conscientização da natureza da relação dominante/dominado, que, até hoje, impera no Brasil, levando à corrupção: é a lei da vantagem, a política extrativista, agora não mais para depauperar a terra e, sim, o ideal de nação.

Vê-se, pelo esforço histórico construído e pela lição de John Noonahn⁶, que a delinquência dourada é conhecida de todas as épocas da civilização, do Egito dos faraós aos nossos dias, compreendidos 4.000 anos de história da corrupção. Não é característica exclusiva do terceiro mundo. Existe, inclusive, em países desenvolvidos, em especial nos EUA (MILLS, 1981, p. 402-405) “em que o dinheiro é critério de êxito, os padrões de vida endinheirada predominam... Um milhão de dólares, diz-se cobre um milhão de pecados. A busca da vida com dinheiro é o valor básico, em relação ao qual os outros valores declinaram”.

A corrupção é inata ao homem, não chegando a impressionar, mas as altas taxas verificáveis de sua ocorrência é que trazem intranquilidade pública, não negando, claro, que o Sistema penal, elitizado e identificado com o poder, favorece o crescimento de tal delinquência.

Ora, em uma realidade dinâmica, o grande desafio que emerge é o de que o Direito tem de cuidar, não apenas do caminhar dos fatos, mas também regular, prevenindo-os. Mesmo porque as modificações ocorridas na órbita do direito econômico são intensas, refletindo as transformações ocorridas na ordem econômica mundial. É a seara grande das mais simples formas de delinquir às mais complexas que envolvem intermediários em assuntos estratégicos do governo até a delinquência em tela neste estudo.

Isso posto, vê-se que o Código Penal e a legislação esparsa não conseguem esgotar as formas de delinquência dourada, em que a corrupção ganha corpo. Fato que isso corrobora é que somente recentemente, pela promulgação da Lei 9.613/98, foi tipificada a lavagem de dinheiro. Tal ponto reforça que a dinâmica da sociedade, seu progresso econômico e científico, o crescimento da empresa privada, grandes fusões empresariais, o trânsito fácil de dinheiro livre por meio da remessa de lucros para o exterior, enfim em

nome da tecnologia do pseudodesenvolvimento econômico, enseja as ações escusas que ganham nova roupagem, como que para legitimá-las.

Com efeito, é com grande acerto que Sérgio Habib (1994, p. 84) diz-nos que o agente causador está sem dúvida na órbita privada, é delinqüente com máscara de empresário. Claro que a história, por exemplo, da corrupção é um diálogo corruptor/corrupto.

A realidade que se impõe, pois, ao legislador é quanto à eficácia e eficiência das leis que devem estar impregnadas de atualidade, correspondendo à dinâmica dos fatos e do progresso tecnológico já referidos retro.

Contudo, mesmo com a afirmação da culpa da iniciativa privada, o mesmo Sérgio Habib (p. 90) não lhe nega o importante papel como vetor de desenvolvimento e de progresso, a qual por isso encontra respaldo legal. Mas é justamente nessa pretensa legalidade e no princípio do *societas delinquere non potest* que se verificam as condutas e as práticas abusivas. Como já dito no referente às repercussões da delinqüência tradicional com a dourada, um só ato ilícito dessas empresas equivale à soma de vários casos de pequenos e médios delitos ras-teiros.

Constitui uma vantagem para a pessoa jurídica o argumento de que ela não possui capacidade de compreensão do ilícito do fato ou de determinar-se com tal entendimento, sendo assim uma inimputabilidade penal, até certo ponto ingênua e ilógica, pois estão concentrados na pessoa jurídica os interesses das pessoas físicas!

Daí decorre a nova ordem emergente, para o legislador, convergindo para a suficiente carga axiológica na lei, pois a pessoa jurídica, ainda que despersonalizada, é uma realidade jurídica. Ora, como bem professa J. Lamartine Correa de Oliveira (1979, p. 611), a ordem jurídica só tem efeito na práxis quando orientada por valores, sem os quais não se justifica. Em última *ratio* seriam a dignidade da pessoa humana, igual-

dade. Como realidade jurídica, deve a pessoa jurídica subordinar-se a esses valores, daí o corolário limite axiológico e também ontológico da vedação de admissão para formação de empresa para objeto ilícito.

Ora, a pessoa jurídica nessa sua realidade exerce funções, quais sejam de união de esforços e recursos econômicos para consecução de suas finalidades, as quais seriam impossíveis se a empreitada fosse individualizada.

Com a economia e a sociedade evoluindo, os tipos legais existentes não conseguem dar azo às novas funções que vão surgindo, daí uma crise, que ora se observa sobre a imputabilidade da pessoa jurídica; exemplo a remessa ilegal de lucros para fora e o sigilo bancário. Tal posicionamento tem levado, pela experiência, que é a conduta empresarial incompatível com a ética!

Porém, a mesma experiência (NASH, 1993, p. 8-9) mostra que a ética pessoal é a característica de que um presidente de empresas precisa. Tal afirmação foi identificada em 1993, já estamos em 2001, e vemos que a máxima de outrora de incompatibilidade de ética com conduta empresarial não se sustenta mais.

A razão é óbvia, a quebra de princípios éticos pode causar danos superiores a prejuízos intrínsecos à natureza empresarial. É o custo que escândalos podem causar às empresas.

Eis, portanto, uma nova ordem emergente, a de fazer bem para ganhar bem, ou seja, a ética nos negócios é tão valiosa economicamente como o bem chamado clientela, na lição de Sérgio Habib (1994, p. 120-121). Que é contínua, singular, quando nos diz que a moral enquanto questão central retoma a sua importância superando a questão econômica, pois o soerguimento moral de um povo deve ser centralizado na unidade de esforços como valor para sua reconstrução, pois a má qualidade de vida é ligada intrinsecamente à questão moral, uma realidade que se impõe, pois, sem ela, o bem não se torna comum e a justiça não encontra o social.

4. Criminalidade dourada e nova ética – construção doutrinária

Diante do exposto sobre a nova realidade de que se impõe frente à criminalidade dourada, é latente a nova posição ética que deve ser adotada.

Porém não se deve esquecer o trabalho que as ciências atinentes desenvolveram, no intuito de desmitificar a criminalidade em estudo. Assim, a criminologia contribuiu com a identificação da cifra oculta. Como nos relata Antônio Evaristo (1987, p. 21-34), a cifra oculta é que nos dá conhecimento daquelas infrações que não chegam às estatísticas, seja por suas características, como o segredo de sua operacionalização, bem como de serem praticadas por pessoas de altas posições sociais e econômicas. Daí, como já referido, o papel da criminologia da reação social, ao desvendar tal cifra a ponto de mostrar a olhos nus a elitização e o conseqüente despreparo do Sistema Penal para o fato da criminalidade de alta soma! O que afasta a tese de que somente a impunidade para tais crimes é a única explicação para sua reiteração. Como se a política legislativa em não se prevenir e tipificar, e a política governamental de se imiscuir em negócios financeiros individuais não colaborassem.

É, pois, essa aliança política que permite que a ética financeira não se coadune com a ética individual, alhures neste trabalho tratada: é ela que mantém o ciclo. Causa, pois, espanto o desmerecimento da ferramenta legítima para a satisfação das necessidades: o trabalho, como ensina Evaristo de Moraes filho (1987, p. 23).

É a criminalidade dourada, corolário natural desse contexto da falta de eficácia dos poderes constituídos no que diz respeito à permissividade da ciranda de especulação financeira, a impunidade no trato dessa manifestação criminoso. Assim, vislumbra-se a Teoria da Anomia, de Robert Merton, ou seja, na proporção em que se escasseiam os meios legítimos para se alcançar o sucesso instala-se, na proporção direta, uma si-

tuação de anomia, de crime, de fraude, etc., em que comportamentos legais e eticamente negados tornam-se comuns.

Tal teoria distingue os fins culturais, que são as aspirações que a cultura induz ao homem das normas – *lato sensu* –, ou seja, dos meios legítimos existentes para buscar esses fins culturais. Permite ainda, pela sua abrangência social ampla, vislumbrar o afloramento dessa forma criminoso. Na lição, ainda, de Evaristo de Moraes Filho (p. 33), há de prevalecer o princípio da transparência, no tocante a enfrentar as peculiaridades desse tipo de criminalidade e de sua impunidade, ativando, pois, mecanismos de combate. Em atenção clara aos princípios constitucionais do artigo 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, seria, pois, implícita a transparência, contribuindo para esses mecanismos de controle. Como exemplo dessa visão, temos o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão legal, a zelar pelo efetivo combate à lavagem de capitais, objeto deste estudo.

Em que pese demonstrar o contexto histórico e social para avaliação da criminalidade dourada, há que se observar os custos políticos e sócioeconômicos de tal prática. Que venha em socorro nosso J. S. Nye (CARVALHO, 1981, p. 465):

“o capital acumulado termina em bancos suíços ou equivalentes no tocante ao sigilo bancário. Os investimentos tendem a direcionar-se para setores mais propícios para esses ganhos ilícitos, como exemplo o setor de estradas; em que se gastam consideráveis quantias de energia e tempo (fatores essenciais na atividade administrativa), o que facilita os desvios para fins escusos”.

Soma-se a isso que a iniquidade de distribuição de renda, incapaz de atender à população, responsabiliza-se pela inexistência de disciplina e gradativa alienação em face do regime; o que corrobora, pois, a estigma da cifra oculta ⁷.

Diante do exposto até o presente, vê-se que a ética é a nova ordem emergente, indo, pois, lado a lado com o proposto pela corrente ético-reformista. Tal corrente consegue pôr luzes no caminho de como enfrentar a grande questão da macrocriminalidade.

Antes, porém, devemos conhecer as correntes antecedentes para que se possa vislumbrar o porquê da assente opinião favorável à corrente retro! A corrente moralista ou tradicional⁸ considera o fenômeno de maneira isolada, tratando os desvios no plano individual, ignorando o contexto em que ocorrem, com os possíveis reflexos na vida econômica e política e suas raízes históricas.

Outra corrente, a funcionalista⁹, preocupou-se com os propósitos alcançados pelas instituições sociais nesse sentido, que favorecem o imobilismo e, por conseqüência, o *status quo*. É útil, pois descreve os fenômenos, mas quanto às explicações não é convincente. Enfatizam os funcionalistas os aspectos integradores da macrocriminalidade como fator de estabilidade social.

A corrente evolucionista preocupa-se com as mudanças sócioeconômicas e as modificações que afetam as instituições e com a percepção que a comunidade tem dessas mudanças e termina por afirmar que a mera profissionalização dos serviços públicos não é suficiente. Contribuíram para distinguir os vários códigos de conduta profissional e sua autonomia em relação a outros grupos sociais.

Enfim, a corrente ético-reformista¹⁰ chega à conclusão que os privilégios do Estado, em especial nos países em desenvolvimento, não são suficientes para satisfazer a todos. Daí, obtém vantagem quem corrompe mais, e com melhor habilidade. E mais, é nesses países que a criminalidade dourada é mais ativa e predominante, pois serve aos interesses de muitas pessoas poderosas, no sentido de manter-se inalterada a situação. Reconhece que a soma de diversos fatores é que contribui para a sua manutenção, porém é a impunidade que tem forte influên-

cia, como conseqüência até no Sistema Penal como um todo.

O trabalho dessa corrente sobressai e consegue responder à nova realidade, pois o método é o da mudança do *status quo*, mudança estratégica por sinal, com intuito de dismantelar políticas e práticas nocivas. Assim, o mero afastamento, por exemplo, de algum corrupto não corrige os desvios sistêmicos: “trocam-se os cães continuam-se as coleiras” (termo nosso). Seu escopo é a delinqüência enquanto sistema, diferente dos evolucionistas, pois para os últimos a modernização basta para dismantelar a rede de interesses. Com o pálio de Etzioni¹¹, deve-se separar a esfera pública da privada, para que se mantenha a democracia ao invés de uma plutocracia.

5. Lavagem de dinheiro

5.1. Conceito

Em termos mais simplistas, a lavagem de dinheiro seria o conjunto de operações financeiras e/ou comerciais que tratam da incorporação, na economia de um Estado de recursos, bens e serviços originados ou ligados a atos ilícitos. É, pois, legitimar produtos de crimes.

Do que se vê e como alhures já afirmado, tal prática permite que traficantes, corruptos, entre outros agentes criminosos, continuem suas atividades, pois facilita o seu lucro a referida operação. Requer, portanto, a vigilância necessária das principais instituições vulneráveis à atividade criminosa em tela.

Para tal desiderato, essa prática envolve múltiplas transações usadas para ocultar a origem dos ativos financeiros, o que permite o seu uso pelos criminosos sem nenhum comprometimento. Eis, portanto, a base de qualquer operação de lavagem de capital: a dissimulação, ou seja, na medida mais rápida possível, o distanciamento do produto do crime que o originou.

5.2. Fases

A doutrina parece assente em estruturar a prática da lavagem. Assim, a operação cri-

minosa em questão envolve três etapas ou fases, ainda que independentes, mas que com muita frequência ocorrem simultaneamente. São elas:

5.2.1. Colocação

Ipsis Litteris, é a colocação do dinheiro na economia. Aqui entram em cena os paraísos fiscais, que são os países com inexistência de lei ou com leis muito flexíveis sobre a origem de capitais. Pois é neste momento que se oculta a origem do capital, operacionalizando-se por depósitos, compra de títulos ou bens. São usadas técnicas cada vez mais sofisticadas, como o fracionamento de valores para despertar suspeitas, “testas de ferro” ou utilização de pessoas jurídicas que trabalham com dinheiro em espécie.

5.2.2. Ocultação

Baseia-se em apagar o “rastros” da movimentação contábil do capital. Assim, eliminam-se suspeitos e investigações sobre a origem do capital. Vê-se que, com a possibilidade de movimentação eletrônica em nível global, hodiernamente, é muito difícil de detectar essa fase, mesmo que a movimentação se dirija a paraísos fiscais ou centros *off shore*¹², pois nessas a legislação permite o anonimato dos titulares das contas.

5.2.3. Integração

É a formal integração do capital no sistema econômico. Busca-se, aqui, formar uma cadeia de empreendimentos para facilitar que as pessoas jurídicas e/ou outros envolvidos “prestem serviço” entre si, pois, uma vez fechado o ciclo, a prática de legitimação torna-se mais fácil, eis que é encoberta por atividades, em tese, lícitas. Assim, os setores mais visados são bancos, paraísos fiscais, centros *off shore*, bolsas de valores, instituições de seguro, jogos e sorteios. Izidoro Blanco Cordeiro (NETTO, 1999, p. 44) professa, magistralmente, que a privatização de bens e empresas pode ser viabilizada para o processo de lavagem, introduzindo as organi-

zações criminosas no mundo legítimo e jurídico dos negócios.

Exemplo de um caso clássico de lavagem de dinheiro foi o acontecido durante seis anos (1990 a 1996) nos Estados Unidos, conhecido como caso “Jurado”, pois o acusado – Franklin Jurado –, economista colombiano, coordenou a lavagem de lucros advindos do narcotráfico na quantia de cerca de US\$ 36.000.000. Tal quantia foi obtida pelo traficante José Santacruz-Londono.

A etapa inicial foi feita no Panamá. Esta é a mais arriscada como já explicado antes, porque o dinheiro ainda está muito próximo da origem, podendo ser rastreado. Durante três anos, o acusado transferiu dólares de bancos panamenhos para mais de cem contas em 68 bancos, em nove países, sempre, em todas elas, com saldos inferiores a 10.000 dólares.

Desta feita, o dinheiro foi novamente transferido para contas bancárias européias e, logo depois, novamente transferido para pessoas jurídicas fictícias. Por derradeiro, o dinheiro voltou à Colômbia, em forma de investimentos, pelas tais empresas fictícias, em ramos comerciais lícitos, como laboratórios farmacêuticos, restaurantes e construtoras!

Somente foi possível iniciar as investigações e prender Jurado com a quebra do esquema, que ocorreu com a falência de um banco em Mônaco, onde algumas contas eram mantidas e ficaram expostas!

Ao fim, vê-se o acerto de estudar tal criminalidade pelas três fases retro expostas. Contudo, não é correto estudá-la pelos métodos utilizados, pois, como lembra-nos José Laurindo (NETTO, 1999, p. 43), na medida da intensificação das investigações, os procedimentos de lavagem se aperfeiçoam, o que corrobora nossa colocação anterior, que a lavagem, devido aos mecanismos de controle em nível bancário, está orientando-se para outras “portas”. Já o estudo pelas fases, por mais que variem os métodos, diz respeito à essência de uma operação de lavagem, o que permite uma melhor repressão.

5.3. Ilustração das fases



6. Antecedentes históricos da lei brasileira de lavagem de dinheiro

Em 1988, ocorreu a “Convenção de Viena”, oficialmente nomeada de “Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes de Substâncias Psicotrópicas”. Seu escopo foi fomentar a cooperação internacional contra as questões ligadas ao narcotráfico e crimes conexos. Foi ratificada pelo Brasil em 1991.

Nesse mesmo ano, o GAFI – Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro, ou FATF (do inglês *financial action task force*), elaborou quarenta recomendações sobre a lavagem, que foram revisadas em 1996. Já em 1992, elaborou-se o regulamento modelo sobre delitos de lavagem, relacionados com o tráfico ilícito de drogas e outros delitos graves. Essa elaboração foi da lavra da CICAD – Comissão Interamericana para Controle do Abuso de Drogas.

Em 1995, em Buenos Aires, houve o comunicado ministerial da Conferência da Cúpula das Américas sobre procedimentos de lavagem e instrumentos criminais. Ao fim e ao cabo, ainda, em 1998, houve a declaração política e o plano de ação contra a lavagem, na Sessão Especial da Assembléia-Geral da ONU.

Por derradeiro, vê-se que a cooperação técnica é base precípua de um plano de ação contra a lavagem, pois compreende atividades de sensibilização dos países, para adoção de formas de controle, criação de instituições e capacitação de recursos humanos. A cooperação internacional tem como padrão as quarenta recomendações do GAFI. Ressalta-se que, atualmente, são 26 os países que o compõem. O Brasil integra tal grupo desde setembro de 1999, quando da IX reunião do grupo.

Há de assinalar-se a existência de um organismo internacional não vinculado à ONU, portanto, de caráter informal, que promove, em nível mundial, a troca de informações, recebimento e trato de comunicações suspeitas ligadas à lavagem, oriundas de outras instituições financeiras: é o Grupo de Egmont, originariamente criado pela Unidade Financeira de Inteligência Belga (CTIF) e Norte-Americana (FNCEN).

Então, essas unidades financeiras de inteligência (FIU, em inglês), que acabaram por formar o Grupo de Egmont, podem ser de natureza administrativa, judicial, policial ou mista: judicial e policial. O Brasil, pela edição da Lei 9.613/98, adotou o modelo administrativo, é o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras – que será abordado adiante.

7. A lei brasileira de lavagem de dinheiro

7.1. Aspectos gerais

A Lei 9.613, de 3 de março de 1998, pode-se dizer atuou em três frentes:

a) tipificação dos crimes de lavagem ou ocultação de bens;

b) prevenção da utilização do sistema financeiro para o ilícito que criou;

c) criação do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), a nossa unidade financeira de inteligência.

Segundo leciona Marco Antônio de Barros (1998), a lei nacional traz em seu bojo experiência da Alemanha, Bélgica, França, Suíça, Portugal e México. Característica desse diploma é a junção de diversos ramos do direito, trazendo, além da nova tipificação, algumas regras de processo penal, bem como um regime administrativo, que envolve regras de direito financeiro, econômico e comercial.

O termo lavagem foi cunhado dessa forma, pois já se tinha fincado entre a doutrina anteriormente à promulgação da lei em tela. E não cabia o termo *branqueamento*, como na Suíça, França, Bélgica, Espanha e Portugal, devido a possíveis conotações racistas que poderia ocasionar no Brasil.

É uma lei de segunda geração. Explicase: a primeira geração corresponde àquelas legislações à época da Convenção de Viena, que tipificaram a lavagem de bens, direitos e valores conexos com o narcotráfico. As demais condutas ficavam na órbita da receptação. Historicamente, compreende-se tal geração, pois foram os narcotraficantes os pioneiros na lavagem transnacional, não podendo, claro, nessa hipótese, seus frutos serem considerados como tipo de receptação convencional.

A segunda geração, a qual se pontuou retro, diz respeito às legislações que ampliaram os chamados crimes antecedentes, portanto, é classificação taxativa. Além do Brasil, também pertencem a essa geração as da Alemanha, Espanha e Portugal. É curial: ao estabelecer um quadro taxativo de crimes antecedentes, permitindo a tipificação de crimes secundários. O legislador, na lei de lavagem de dinheiro, não se deixa caracterizar, necessariamente, por uma camada subjacente internacional, mas a encaixando na modalidade de criminalidade organizada. É, pois, uma opção, pois há certos crimes na

lei que se confirmam não por sua transnacionalidade, mas por sua periculosidade, no tocante ao vínculo com a lavagem de dinheiro, é, portanto, uma política de combate à macrocriminalidade.

Os sistemas jurídicos dos EUA, México, Bélgica, Itália, França e Suíça estão na chamada terceira geração, pois a lavagem nesses sistemas é atribuída a qualquer tipo precedente.

A exposição de motivos da lei nacional justifica nossa inserção na segunda geração, pois a lei de lavagem é fruto de crimes com características transnacionais. Em certa medida, cremos que o legislador acertou, eis que preservou o tipo de receptação do artigo 180 do Código Penal, pois, a contrário modo, a grande variedade de crimes contra o patrimônio (título do Código Penal que abarca o artigo 180) seria abrangida pela Lei 9.613! Ora, massificaria, sem tal critério de interpretação – a de característica de transnacionalidade, o rol de crimes antecedentes –, a lei de lavagem em pequeno furto estaria igualada à de macrocriminalidade.

Portanto, a lei contém tipos penais fechados, pois, além do princípio da reserva legal, que se vincula às fontes do direito penal, deve o sistema positivo completar-se com o princípio da taxatividade. Ou seja, é a maneira precisa que o legislador deva imprimir na determinação dos tipos para, legal e taxativamente, saber-se o que é e o que não é penalmente admitido.

7.2. Aspectos específicos – posicionamento crítico

7.2.1. Sonegação fiscal como crime antecedente

Por ser uma legislação de segunda geração, portanto, com um rol taxativo, não ocorrerá o tipo se não estiver presente ao menos um dos crimes antecedentes do artigo primeiro da lei. Justamente aqui se levanta um ponto, a não-inclusão da sonegação fiscal como crime antecedente. Adianta-se que, no projeto da lei quando da votação na Comis-

são de Assuntos Econômicos, constava o tipo no rol do artigo primeiro, porém o relator Romeu Tuma, por achar que a sonegação já está tipificada na Lei 8.137/90, afirma que a mesma não merece constar no rol. Na mesma linha, o então Ministro da Justiça Nelson Jobi¹³ salienta que os dois tipos, lavagem e sonegação fiscal, não possuem características similares, pois, na sonegação, no seu entendimento, não há agregação de valores novos e somente uma manipulação de patrimônio, sendo evidente, na sonegação, a utilização de recurso próprio.

Ora, embora não sejam idênticos os tipos, ao contrário, teríamos *bis in idem*, são semelhantes na prática e na lesividade, pois atacam o Estado e manipulam o fluxo econômico, pois privam a coletividade de instrumentos econômicos para sua organização.

Assim, em que pese as considerações, temos, sim, que a sonegação fiscal poderia ser um crime antecedente, eis que não mantém o patrimônio; pelo simples fato de não-pagamento ocorre um enriquecimento indevido, legitimado, com a sonegação, apenas não é agregado por valores novos! Ora, o argumento contrário à tese de que já é tipificado pela Lei 8.137/90 pode ser muito bem contraposto com o de derrogação por lei nova! Mesmo porque Isidoro Blanco¹⁴ nos lembra que a lavagem é em sentido amplo e sentido estrito. Aquele refere-se ao processo de legitimação do dinheiro “sujo”, devido à sua origem ilícita, originado fora das instituições tributárias. O sentido estrito refere-se à conversão de bens de origem ilícita. Ambos usam dos mesmos mecanismos de legitimação, portanto, a sua natureza é idêntica, requerendo, pois, a intervenção penal! Ora, parece-nos que, por ser a sonegação fiscal uma macrocriminalidade, envolvendo em nosso país personalidades, houve uma certa pressão para a sua não-tipificação como crime antecedente.

7.2.2. Objetividade jurídica

Em que pesem as posições alienígenas sobre a objetividade jurídica, cremos que, junto com William Terra de Oliveira (1998,

p. 321), a objetividade do tipo (sua proteção) é a normalidade do sistema econômico-financeiro de um país; sem, obviamente, deixar de reconhecer a pluralidade de ofensa aos interesses individuais, a que a lavagem de dinheiro pode atingir. Mas isso não retira o caráter transindividual, pois, assim entendido, a proteção visa, na lei, impedir o comprometimento econômico e a erosão de um sistema democrático, em tese, de direito.

Mas, como a recente lei, dever-se-á criar jurisprudência, poderá, então, casuisticamente, aferir-se a lesão em maior ou menor grau ao sistema econômico-financeiro, pois poderá afetar maiores áreas de interesses individuais, requerendo um espectro de proteção menor! Daí a sugestão da possibilidade de se incluir formas de favorecimento pessoal, em que não tenha ocorrido lesão ao sistema econômico.

7.2.3. O tipo – sua classificação

O artigo 1º, *caput*, e seus parágrafos, faz-nos ver, indubitavelmente, um tipo alternativo, pois são várias as condutas, bastando uma única incidência para a caracterização do crime. E mais, como todos os atos descritos vislumbram o simples comportamento do agente, não se exige um resultado para se caracterizar o crime, consubstanciando-se assim em um tipo de mera atividade.

É também um tipo referido, ou seja, depende de crimes anteriores (incisos I a VII do artigo 1º), portanto, prescinde deste para sua adequação típica, seja por ação ou omissão. Daí a lembrança primorosa de que a lei em tela foi clara ao definir que o delito da lavagem relaciona-se com crimes anteriores e não com contravenções, por exemplo, ficando externos à lei o dinheiro e bens porventura oriundos do “jogo do bicho”.

Marco Antônio de Barros (1998, p. 45) identifica os núcleos das condutas típicas, todas no artigo 1º, quais sejam: 1) fato de ocultar ou dissimular, artigo 1º, o que corresponde à lavagem de dinheiro *stricto sensu*; 2) o escopo de ocultar ou dissimular, §

1º, I a III; 3) utilização (do produto da lavagem), § 2º, I; 4) participação (em pessoa jurídica ligada à lavagem), § 2º, II.

Como permite uma atenta exegese da lei, esta não previu a forma culposa, ao contrário do que propõe o Conselho da Europa, que preconiza tal instituto em sua Convenção, artigo 6º.

Destarte é necessário que a vontade do autor saiba que está praticando a conduta proibida. Mas é necessário outro elemento subjetivo: o intuito de ocultar ou dissimular a utilização do produto da lavagem. Assim, além da vontade livre e consciente de praticar a conduta, é necessária a presença do elemento expresso pela finalidade de agir (NETTO, 1999, p. 100).

7.2.4. Delação premiada

Interessante instituto que vem sendo adotado na legislação penal brasileira, primeiramente com a Lei 8.072/90 (crimes hediondos, artigo 7º, parágrafo único), logo depois na lei do crime organizado, Lei 9.034/95, artigo 6º.

Tal instituto foi previsto por Ihering como direito premial. É na política criminal dos EUA chamada de *plea bargaining* e na Itália de *pentito*, que significa “o arrependido”. Nesse último país, foi incorporado à ordem jurídica por proposta do magistrado Giovanni Falconne.

Pois bem, deve-se observar que, na conduta em estudo, ao que pertine o contido no artigo 1º § 5º, não é somente a delação premiada e sim confissão premiada. Assim, será delação se sua proclamação envolver outras pessoas e será confissão se sua declaração envolver somente a localização dos produtos do crime. É mera interpretação (1997, p. 344) segundo Luiz Flávio Gomes, da letra da lei; assim basta que ocorra ao menos um dos resultados: apuração da autoria ou localização do produto. É que logicamente, em caso de delação e confissão, o prêmio deve ser de maior repercussão sobre o crime.

Tal colaboração deve ser espontânea, partir do próprio infrator, podendo ocorrer

em qualquer fase: administrativa, policial e processual, inclusive após o trânsito em julgado, visão, por nós acatada, de Luiz Flávio Gomes, o que seria um novo incidente de execução, a cargo claro do juiz da Vara de Execuções Penais.

Como qualquer inovação legislativa, tal instituto não deixa de sofrer críticas. Ora, oferecer prêmios ao delator, em matéria criminal, sem nenhuma proteção à sua incolumidade física e de seus familiares se reveste de pouca importância prática.

Também bem admoesta Walter Ceneviva: porque o Estado passa a movimentar-se no *ius puniendi* e pela *persecutio criminis*, pela palavra de delinquentes, o que, além de consubstanciar uma nova imoralidade, é um “atestado” de falência do aparelho policial.

Indiretamente, a adoção da delação ensina que trair traz benefícios, daí que podem ocorrer delações por mera *vindita*. É que o Direito assenta-se em bases éticas, por isso é acatado. Ainda que a fundamentação seja de combater o crime, é só se adotar tal instituto; uma cultura antivalorativa! Outra crítica, não bastante assente, é que tal adoção do mecanismo em tela acaba por colocar em crise o princípio da proporcionalidade, eis que crimes idênticos acabam punidos diferentemente.

Assim, ao comprar o delinquentes, seja com sua redução da pena ou não, o Estado corrobora o sistema penal elitista, que é forte contra os fracos e complacente com os fortes.

7.3. Aspectos processuais penais

A Lei 9.613/98, em suas disposições processuais penais, revela algumas virtuais incongruências de índole constitucional e ordinária.

7.3.1. Competência

Pode-se ser levado, pela lei, na literalidade do artigo 2º, III, A e B, a imaginar que se trata de competência essencialmente federal, mas não o é, pois, em tese, o bem protegido é a ordem econômica e financeira,

conseqüentemente o inquérito será da Polícia Federal. Mas em caso de lavagem de pouca monta, em que o bem jurídico não é colocado sobre risco, a competência é estadual, visando à celeridade processual e de modo a não sobrecarregar a máquina judiciária federal com processos de pouca significância.

7.3.2. A denúncia

O § 1º do artigo 2º sobre a denúncia baseia-se em que esta deve estar balizada por indícios referentes do crime antecedente. Contudo, talvez em atenção ao disposto na Carta Maior, artigo 37, a Administração Pública – da qual o Ministério Público e o Juiz, em última *ratio*, fazem parte, já que são agentes políticos do Estado – deve, então, zelar pelo princípio da eficiência coadunado com a justa causa.

7.3.3. Inconstitucionalidade do artigo 2º, §2º (não aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal)

O artigo 366 do CPP cuida da suspensão do processo por meio da citação por edital. Ora a ampla defesa é uma garantia constitucional, pertencente ao princípio do devido processo legal, ou seja: a garantia de ser o acusado informado sobre o inteiro teor da acusação! Portanto, é juridicamente inválido o § 2º aqui indigitado.

Não bastasse a evidente inconstitucionalidade, há uma contradição sistêmica pois no artigo 4º, § 3º, da mesma lei está prevista a aplicação do mesmo artigo 366, CPP. No dizer de Luiz Flávio Gomes, é uma “contradição autofágica”, e nesses casos deve prevalecer sempre o preceito que mais ampliar a liberdade.

7.3.4. A vedação da fiança

Visualizamos aqui outra evidente inconstitucionalidade. É que a Carta de 1988, artigo 5º, XLII a XIV, declinou os crimes infiançáveis, e o artigo 3º da lei em tela veda a fiança! Ora, com o advento do direito penal subsidiário de endurecer, ao proibir a fiança, houve uma inconstitucionalidade e tam-

bém um erro de política criminal, pois nos crimes de delinqüência dourada é que deveria exigir-se fiança de alto valor. Não é, pois, absurda a idéia de que o legislador, quando da Constituinte, estabeleceu as únicas limitações ao instituto da fiança.

7.3.5. A vedação da liberdade provisória

É evidente a inconstitucionalidade da proibição da concessão de liberdade provisória também do artigo 3º da lei em tela, sob a mesma linha de raciocínio no tocante à vedação da fiança. Trata-se de inconstitucionalidade material, o legislador não pode juridicamente colocar-se no lugar do magistrado, conforme se depreende dos artigos 310 a 312 do CPP. É uma ofensa ao princípio de direito constitucional da razoabilidade dos atos do Poder Público (do qual o legislativo é uma função) por realizar finalidades constitucionais de modo desproporcional.

É que aqui paira o inciso LXVI (vedação de prisão existindo liberdade provisória), é um freio à possível arbitrariedade do Judiciário. Paira, também, o inciso LIV, do *due process of law*, o qual confirma que a liberdade provisória deve ser decidida casuisticamente, o que elimina, pela inconstitucionalidade material, que o Legislador trasmude-se em julgador, ao estabelecer critérios abstratos. É no devido processo legal que se decide, exclusivamente, a concessão ou não de liberdade. Proibi-la *ab initio* é não tratar da presunção da inocência!

7.3.6. Liberação antecipada dos bens

É o disposto no § 2º, artigo 4º da lei em epígrafe. A advertência aqui é referente a uma possível interpretação que haveria ao se conhecer uma inversão completa do ônus da prova, o que não seria correto. Assim, o seqüestro e apreensão de que trata o artigo 4º tem nesse momento natureza de medida cautelar e a inversão seria então uma contracautela, para que o acusado, desde pronto, mediante comprovada licitude da origem dos bens em questão, tenha-os em sua posse. Pois a perda definitiva, como sugere o

artigo 7º, somente se dará com a condenação, porque incide o princípio constitucional da presunção de inocência.

Portanto, querer que a inversão do ônus da prova, neste caso, passe do âmbito da medida cautelar é consubstanciar-se em inconstitucionalidade. Para evitar, pois, que o Legislador, no combate à criminalidade, teste fórmulas, de maneira a jogar por chão princípios basilares de proteção à dignidade humana.

8. Responsabilidade administrativa, o COAF e a questão do sigilo bancário

Além dos ilícitos penais, a lei brasileira antilavagem de dinheiro criou obrigações para pessoas físicas e jurídicas que tiverem atividades que possam contribuir para a lavagem de ilícitos. Essas obrigações estão dispostas nos artigos 10 e 11 da lei.

Como forma de sancionar a inobservância dessas obrigações, a lei também criou a responsabilidade administrativa e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – como órgão para disciplinar e aplicar as sanções administrativas.

É a adoção, ao nosso ver, com acerto, do caráter subsidiário do direito penal, ou seja, para a defesa dos bens da vida mais importantes, dos ataques mais graves, é que se adentra na esfera penal, fora isso, entram outras órbitas do direito, como o Administrativo ou o Econômico. Assim, as sanções administrativas seguem uma progressividade: advertência, multa pecuniária, inabilitação temporária e cassação da autorização para funcionar.

Para a aplicação dessas sanções, depender-se-á, obviamente, do que for apurado em processo administrativo. Claro que, na esfera administrativa, em que pese o Poder discricionário do administrador, não se pode confundir-lo com arbitrariedade. Assim, não se pode olvidar que ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal; ato arbitrário é inválido e ilegítimo. Ainda mais que é imperativo constitucional o *due process of law* (artigo 5º, LV, Constituição Federal) tam-

bém para o âmbito administrativo. Assim é que o decreto 2.799 de 8/10/1998, do qual consta o Estatuto do Conselho em tela, dispõe sobre o processo administrativo. A própria lei em estudo já determinara, ao nosso ver, com excesso, que fossem observados a ampla defesa e o contraditório (artigo 13), já que é determinação constitucional inserta no devido processo legal.

O COAF, disposto no artigo 14 da lei, é a unidade de inteligência brasileira adotada no Brasil, ou seja, uma agência responsável por receber, analisar e distribuir às autoridades competentes as operações referentes à lavagem de dinheiro. Como tal, amplia seus vínculos com organismos internacionais e Estados estrangeiros, tendo em vista o caráter transnacional do crime em tela.

É um órgão subordinado ao Ministério da Fazenda. Como já afirmado retro, não é uma autoridade policial e tampouco financeira. Porém, diante das características que as investigações sobre a conduta em estudo requerem, tais como técnicas fiscais e contábeis, necessitando de uma coordenação entre as entidades envolvidas, como Polícia, Ministério Público e Banco Central, tal organismo se fez mister.

Interessante é a questão contida no artigo 15 da lei; referente à comunicação do COAF às autoridades competentes, aqui, em especial, o Ministério Público. Nada obsta que, dependendo das circunstâncias, possa o *parquet*, de pronto, prescindindo do inquérito policial, oferecer a denúncia, se não, deverá requisitar à autoridade policial abertura da peça inquisitiva. Vale aqui lembrar a recomendação de Marco Antônio de Barros (1998, p. 192):

“que seja de bom tom e prudência a verificação pelo órgão do Ministério Público, antes do oferecimento da exordial acusatória, se existe alguma declaração nos documentos remetidos pelo COAF, do investigado, pois se não contiver é melhor requisitar investigações complementares em sede de inquérito policial”.

A questão da quebra do sigilo bancário levanta-se como importante, na medida em que as investigações no âmbito da lavagem de capitais requerem o exame de contas bancárias, por envolverem aplicações e investimentos.

Quando ainda da Convenção de Viena, já se havia consagrado que as partes não poderiam deixar de aplicar o aventado em seu âmbito, sob o pálio do segredo bancário.

Nosso ordenamento protege o sigilo na Constituição Federal, artigo 5º, X e XII, como bem lembra Luiz Flávio Gomes (1997, p. 369). Da sua quebra cuidam as Leis 4.595/64 e 7.492/86, aquela trata de instituições monetárias, bancárias e creditícias e esta sobre crimes contra o sistema financeiro nacional.

Interessante é que a lei em estudo não faz menção alguma ao sigilo bancário. Mesmo porque tal matéria dever ser disciplinada por lei complementar, conforme imposição constitucional insculpida no artigo, *caput*.

Porém, como se percebe, as duas leis acima elencadas são anteriores à Carta de 1988, mas, pela teoria da recepção, não havendo incompatibilidade entre essa legislação anterior ordinária com a nova ordem constitucional, será então inserta, recepcionada nesse novo contexto jurídico. Como ainda não se editou lei complementar, conforme dispõe o artigo 192, *caput*, José Afonso da Silva (1996, p. 755) leciona que permanecem válidas as regras dessas leis, não porque a Constituição Federal diz isso, apenas porque, ao recepcioná-las, as constitucionalizou, porém, para novas alterações somente por força de lei complementar.

Do exposto, vemos que somente com a intervenção judicial (autorização) é que deve-se proceder à quebra do sigilo. Não basta, pois, que, no âmbito do COAF, corra o processo em segredo de justiça, como disposto no artigo 10, III, da Lei 9.613/98.

Assim, o sigilo bancário é mitigado em nome do interesse coletivo, protegido pela lei antilavagem, não podendo erigir-se em óbice para que o juiz o levante, claro que arrimado em elementos convincentes. Vale

lembrar que, ainda, na Convenção de Viena, também fez parte do acordo a intervenção judicial como meio de romper o sigilo bancário em questão.

Pois bem, uma vez estabelecida a mitigação do sigilo bancário desde que a intervenção judicial esteja presente, outra questão levanta-se: com a recepção constitucional da Lei 4595/64, o seu artigo 38, parágrafo 1º, fala em prestação de informações *ao juízo*, o que gera o entendimento de somente com a existência da *actio in iudicio* se discutir acerca da quebra do sigilo.

Ora, é da essência da persecução da criminalidade em questão a requisição judicial quando das investigações, tanto é que o COAF foi criado com as atribuições, entre outras, de receber e examinar a ocorrência de atividades ilícitas (artigo 14 da Lei 9.613/98). É que a volatilidade, no dizer de Marco Antônio de Barros (1998, p. 128), de operações financeiras na macrocriminalidade dourada é alta. Assim, exigir o ajuizamento precoce em juízo é não observar os fins sociais e bens protegidos pela lei em tela. Ora, na observação em caso concreto, o juiz, ao dispor da quebra, deverá observar o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*, o que permite a quebra do sigilo em fase anterior à *persecutio in iudicio*. Pois isso ocorrendo, a informação é mantida sob segredo de justiça, porque houve a necessária intervenção judicial, e, se instaurada a lide, estará conservada a proteção ditada pela Constituição Federal e, obviamente, para o devido processo legal o acesso das partes ao conteúdo da quebra.

Conclusão

Vê-se que a sociedade capitalista representa um elemento propulsor da criminalidade dourada, presente no título do presente estudo. É, em contraposição à chamada criminalidade tradicional, praticada por pessoas que, pelo sistema penal, são inatingíveis, porque detêm o poder econômico. A criminalidade em tela mostra-se potencialmente perigosa para a estabilidade política

e financeira dos Estados, como demonstra a título ilustrado: uma única operação de lavagem de capitais trabalha, em certo lapso temporal, com quantias muito elevadas. Isso porque, freqüentemente, está associada ao crime organizado, seja na modalidade de tráfico internacional de drogas, seja nos crimes de cunho econômico.

A modalidade criminosa sob estudo é bem recente quando comparada, em termos históricos, com outros tipos de hipercriminalidade, como corrupção, por exemplo. O que não lhe retira a periculosidade, mesmo porque a delinqüência dourada é um fenômeno humano, portanto, dinâmico e criativo! Assim, em um mundo em que a ideologia capitalista mostra-se a única, em detrimento de valores éticos no trato social, é compreensível seu aparecimento em todos os tempos, em todas as esferas, como instituições públicas, seja por meio de corrupção ou evasão de divisas, como tivemos a oportunidade de expor.

Destarte é que ganha enlevo a delinqüência sob estudo, pois, como lecionou o falecido juiz italiano Giovani Falcone (1995, p. 91), o caminho no combate ao crime organizado é a decisiva destruição do poderio financeiro da delinqüência dourada, contando com a colaboração internacional.

De tal forma que o combate à lavagem de capital neste contexto histórico que vivenciamos é primordial para ajudar a debelar o fomento da hipercriminalidade.

Como uma modalidade de crime diferente, a delinqüência do estudo em tela requer, portanto, repressão, outrossim, diferenciada. Como ficou demonstrado, o Brasil, por participação na comunidade internacional, acabou editando a Lei 9.613/98 no combate à lavagem de dinheiro.

Tal diploma, entre outras inovações, criou o órgão de inteligência para tal desiderato: o COAF, porém em outros dispositivos criou institutos que vão contra o sistema legal que a constituição dispõe.

Latente é que a criminalidade não-tradicional requer repressão diferenciada, seja

com mecanismos que, por natureza cautelares, sejam aptos a bloquear bens e/ou valores ou pela atribuição de responsabilidade às pessoas física e jurídica que exerçam atividades profissionais que possam servir de “pano de fundo” para tais operações.

Assim, em que pese o objeto jurídico tutelado por essa norma e a intenção do legislador em combater essa modalidade criminosa, fica evidente, não de agora, mas desde a edição da lei dos crimes hediondos e da chamada lei do crime organizado, que esse mesmo legislador adota, por mais das vezes, o direito penal simbólico. Ou seja, apenas normatiza, até buscando no direito comparado, soluções para realidades análogas que, contudo, não condizem com a nossa ambiência ou não fornecem condições de efetivá-las.

É nessa colocação que se levanta como exemplo a contradição autofágica da lei nos artigos 2º, § 2º, e 4º, § 3º, o qual debatemos retro. Ou ainda a inadequação da delação premiada, já na lei dos crimes hediondos, e normatizada na lei em estudo, pois falta um programa efetivo de proteção a testemunhas, inclusive com destinação financeira.

Cabe mencionar a íclita Ada Pellegrini Grinover (2000, on-line), que, em outras palavras, diz que o uso de poderes instrutórios pelo juiz, como parece legar-nos o artigo 4º da lei antilavagem, encontra limites no contraditório e na obrigação de motivar suas decisões (o juiz). E, outrossim, num sistema acusatório consagrado, entre nós, pela Constituição no artigo 129, a separação das funções de investigar, acusar e julgar não demandam um juiz inerte.

Então, como cremos que ficou assente, no trato repressivo à criminalidade não-tradicional, em especial a lavagem de dinheiro, o Brasil ressentiu-se de uma legislação sistemática, pois, a título ilustrativo, na lei de crimes hediondos não há regime de penas progressivo; já na Lei 9.034/95 (crime organizado) e na referente à lavagem de dinheiro – objeto deste estudo – há a progressão de regime prisional.

Contudo, como se observa pelo artigo 4º, § 4º, vislumbra-se um eventual retardo em prender pessoas e apreender bens/valores, nos moldes da ação controlada da lei do crime organizado; e que, pela observação em relação à organização no Ministério Público e Judiciário em que não há uma repartição de juízos para melhor trato da matéria, parece não haver dúvida sobre a desorganização do Estado para o combate à criminalidade em tela. Pois é sabido que a pletoira de autos e processos pode acabar inviabilizando uma aceitável atuação judicial e do *parquet* no sentido de bem efetivar o combate à criminalidade dourada.

Assim, cremos serem necessários alguns ajustes nos mecanismos ilegais trazidos pelo legislador e, também, no tocante à colaboração das instituições chamadas ao combate da lavagem de dinheiro, segundo a argumentação que o presente ensaio sugere, sumariada que está nos seguintes tópicos:

a) a tipificação da sonegação fiscal como crime antecedente, o que não significará *bis in idem*, visto que em nosso ambiente o *White collar crime* pode dar ensejo a uma ciranda de lavagem de capitais. Ora, pelas investigações se demonstrará ser crime antecedente ou não. Não o sendo, a incidência será a do tipo descrito no Código Penal;

b) a instituição de um eficiente e adequado programa de proteção às testemunhas, visto que se adotaram institutos alienígenas, tal qual a delação premiada. Tal matéria, tratada na Lei 9.807/99, não pode ficar como mero simbolismo – somente pela normalização –, pois, como o artigo 2º da referida lei traz, tal programa depende de consignação em orçamento, o que, como sabido, é questão política;

c) o fomento das interações, por meio de seminários ou reuniões das diversas instituições chamadas ao trato repressivo, como o Judiciário, o Ministério Público, a polícia e o COAF, visto ser uma criminalidade diferente da chamada criminalidade tradicional; tendo aqui em vista o princípio da razoabilidade como mitigador de garantias

constitucionais, que a Lei 9.613/98 em tese viola, como a escuta telefônica, a violação do direito de fiança ou de liberdade provisória e a apreensão ou o seqüestro de bens como medida cautelar;

d) a adequação, tal qual o COAF, das instituições supramencionadas, no sentido de organizarem-se internamente para melhor trato do problema.

Notas

¹ CONGRESSO NACIONAL. *Diário do congresso nacional*, 15 dez. 1990. p. 5693-5704.

² BUARQUE de HOLANDA, Sérgio (Org.). *História geral da civilização brasileira*.

³ Op. cit. v. 5, p. 9.

⁴ *Comentários*. v. 9, p. 363-364, 1958.

⁵ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Apud op. cit.*

⁶ NOONNAHN, John. In: *Bribas*, Tradução de Elsa Martins. Bertrand do Brasil.

⁷ DOBEL, J. Patrick.. Cit. por CARVALHO, Getúlio. Op. cit. p. 66.

⁸ MCTRICK, Erich H. *Idem*

⁹ CARVALHO, Getúlio. *Idem*

¹⁰ TILMAN, O. Robert. *Idem*.

¹¹ ETIZIONI, Amitai. *Capital Corruptain*. *Idem*

¹² Centros bancários extraterritoriais não submetidos ao controle de nenhuma autoridade administrativa isentos de controle, portanto.

Bibliografia

ALVES, Roque de Brito. Globalização do crime. *IBCCrim*, n. 88, mar. 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARBOSA, Rui. *Às classes conservadoras*. São Paulo: LTR, 1986. Fundação Casa de Rui Barbosa.

BARRETO, Vicente; PAIM, Antonio. *Evolução do pensamento político brasileiro*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de dinheiro: Análise Sistemática da lei 9613 de 3 de março de 1998*. 4. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BUARQUE de HOLANDA, Sérgio (Org.). *História geral da civilização brasileira*.

- CERNICCHIARO, Luís Vicente. *Lavagem de dinheiro*. Disponível em [Http://www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br). Acesso em out. 1999.
- CERVINI, Raul; WILLIAM, Terra De Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*, 15 dez. 1990. p. 5693-5704.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- COSTA, Emilia Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. São Paulo: Coimbra Ltda., 1984.
- FALCONE, Giovanni. *Apud O crime organizado: a matriz terrorista do crime organizado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raul. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Disponível em: <http://ecomerce.rio.com.br/forense/atualidade/acusator.htm>. Acesso em 26 jun. 2000.
- HABIB, Sérgio. *Brasil: 500 anos de corrupção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro de ativos provenientes de crime: anotação às disposições criminais da Lei 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES FILHO, Antonio Evaristo de; LEITE, Celso Barroso; CARVALHO, Getulio; et al. *Sociologia da corrupção*. São Paulo: Jorge Zahar, 1981.
- NASH, Laurent. *Ética nas empresas: boas intenções à parte*. Tradução de Kátia Aparecida Roque, São Paulo: Makron book, 1993.
- MILLS, E. Wriht. *A elite do poder*. Tradução de Waltensir Dutra. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- NETTO, José Klaurindo de Souza. *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98*. São Paulo: Juruá, 1999.
- OLIVEIRA, Frederico Abrahão. *Manual de criminologia*. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1996.
- OLIVEIRA, William T. de. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SANTOS, José Maria dos. *A política geral do Brasil*. São Paulo: USP.
- SENNA, Adrienne. *Correio Braziliense* (entrevista). 14 maio 2000. *Economia & Trabalho*. p. 25.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- ZIEGLER, Jean. *A Suíça lava mais branco*. Rio de Janeiro: Editora Brasiliense, 1990.

Direito humano e direito social: para onde vai o trabalho?

Marcos Francisco Reimann
Márcia de Melo Martins Kuyumjian

Sumário

1. Introdução: pós-modernidade, trabalho e contexto. 2. Impactos da pós-modernidade no conceito de emprego. 3. Um conflito imaginário: trabalho *versus* emprego. 4. Mecanismos de defesa dos trabalhadores no novo contexto. 5. Considerações finais.

1. Introdução: pós-modernidade, trabalho e contexto

As recentes transformações ocorridas nos processos de produção e nas relações trabalhistas trazem à discussão um problema de muitas faces, entre as quais salienta-se a questão da centralidade do trabalho na organização da sociedade. Irrompem novas práticas que colocam em suspenso antigos paradigmas aparentemente consolidados na sociedade, tanto no que concerne às ações como no que se refere aos princípios éticos norteadores dessas ações. Globalização, flexibilização, modernidade, reestruturação e tantas outras palavras-símbolo dos novos tempos guardam alguma relação com o trabalho e as suas mais variadas manifestações sociais. Não há portanto como negar que os debates sobre as mudanças ocorridas no contexto mais geral conduzem inevitavelmente ao trabalho.

Anthony Giddens é uma referência no debate sobre as conseqüências da modernidade se considerarmos duas de suas categorias analíticas: a “aceleração” da moder-

Marcos Francisco Reimann é Mestre e Consultor Legislativo do Senado Federal.

Márcia de Melo Martins Kuyumjian é Doutora pela Universidade de Brasília – UNB – Departamento de Serviço Social.

nidade e o processo de “desencaixe” e “re-encaixe” das relações sociais (Giddens, 1991). Pensar essas duas fontes de dinamismo da modernidade e suas relações com o trabalho, mais especificamente, é o ponto de partida desse texto. Segundo Giddens, as alterações que vivenciamos não são representativas do pós-moderno, mas uma radicalização e universalização da modernidade que, no “apetite pelo novo”, dissemina informações e monitora ações, sem que haja por parte de grande parcela da população qualquer controle sobre o processo de operacionalização das mudanças. Partilhamos com a visão tanto de Giddens como de Boaventura de que a noção de pós-modernidade deve ser percebida não como uma ruptura à modernidade, mas sua nova forma de expressão. Assim, a utilização desse termo deve ser compreendida como um novo marco que separa aquele momento da modernidade, como um fluxo contínuo e o atual das inúmeras imagens caleidoscópicas.

A nova realidade coloca em questionamento a concepção do direito do trabalho como um direito social. Da articulação dessa problemática com a teoria de Giddens propõe-se responder às questões: estaria ocorrendo um processo de “desencaixe” e com isso todas as regulamentações minuciosas, compatíveis com a função social exercida pelo trabalho, estariam perdendo relevância? O trabalho tenderia a ser algo humano, mas não necessariamente social?

Na sua análise da modernidade, Giddens afirma que as alterações paradigmáticas que caracterizam a modernidade acelerada (na expressão que adotaremos: pós-modernidade) enfatizam a dimensão da heterogeneidade e pluralidade e rompem com o que Lyotard define como o grande relato e cujo cerne é o discurso marcado por continuidades e profundidade, que apresenta a linearidade da condição definitiva do passado bem como de um futuro predizível. É como se a humanidade caminhasse numa inevitável direção evolutiva em que passado, presente e futuro fossem partes de

uma linha uniforme. A crise da modernidade marcada por rupturas nos paradigmas fundados pela sociabilidade construída pelo trabalho coloca em suspenso essa idéia de sociedade uniforme. O mundo se nos apresenta mais como um caleidoscópio com uma infinidade de leituras que se ramificam da objetividade das sólidas instituições sociais às variadas manifestações da subjetividade. O trabalho constitui-se uma exemplaridade dessa condição, da produção de resultados materiais que se traduzem em dimensões simbólicas com ressonâncias no futuro do indivíduo ou do grupo. Não é por acaso que Huyssen, que como Giddens faz menção a Lyotard, vê a modernidade encarnada na fábrica, modelo metafórico dos códigos cristalinos da ordem social, do passo a passo na direção de padrões e valores racionais.

Nesse modelo, as sociedades desenvolvidas vivenciaram uma relativa expansão do nível de vida bem como a emergência da civilização do lazer, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Essa imagem da sociedade do conforto associada àquela das mudanças mais recentes na ordem tecnológica e ideológica tem conduzido a uma visão errônea do desaparecimento do trabalho. Na realidade, está ocorrendo uma crescente precarização do mercado de trabalho. As ambivalências do processo de desenvolvimento produtivo geram progresso e ao mesmo tempo retalhamentos que implodem práticas e legitimações sócio-políticas. Assim, o debate não pode ser conduzido para a primazia ou não do trabalho, se central ou não, para a nova ordem social. Se partimos do pressuposto de que a sociedade só se constitui pelo trabalho dos agentes sociais, não há como imaginar a sociedade sem trabalho. O trabalho é um fenômeno social em movimento. Não deve ser confundido com sua forma mais atualizada, o emprego. Como afirma Média (1995, p. 19)

“Travail salarié, travail marchand, travail abstrait sont autant de formules que l’on retrouve sous la plume des

auteurs considérés, como si nous devions aujourd'hui surmonter les formes monstrueuses qu'a recouvertes le travail, à son corps défendant, pour en trouver d'autres qui exprimeraient mieux son essence et pour mettre un coup d'arrêt au développement de ce scandale absolu: que des hommes soient privés de la possibilité d'exprimer librement et pleinement leurs capacités et d'exercer l'activité essentielle qui les fait hommes."

Se acreditamos ser o trabalho essa criação e referência de humanidade, portanto, nada mais inadequado que prosseguir no debate sobre sua centralidade. O movimento do trabalho na contemporaneidade é fruto de dificuldades que levam a crises sobre a ordem social, o projeto de desenvolvimento e o processo de regulação estatal que tem o trabalho como eixo.

A pós-modernidade é marcada por uma profusão de figuras no trabalho. Simboliza também a invasão de imagens desconectas e desconcertantes. Fato é que, se pensarmos nas diferentes modalidades assumidas pelo trabalho como manifestação de momentos históricos distintos, essas não podem ser reduzidas a imagens simbólicas, são expressão real e humana que ganham conteúdo social preciso dentro de um contexto histórico.

O emprego é um recurso social e uma modalidade contratual com implicação direta no acesso ao mercado e a outras instituições. Disseminou-se pelo mundo como um modelo de integração social. Novas diretrizes foram elaboradas com o propósito de promulgar a expansão dessa modalidade de trabalho, com regras claras e legítimas de garantia de direitos básicos aos trabalhadores que aceitavam a "domesticação" (Silva, 1990) industrial em troca de maior proteção. Há sim distinção quanto ao grau de expansão desses direitos entre os países do hemisfério norte e sul, bem como do alcance do pleno emprego, mas o fato é que vigorava uma mentalidade naquela direção.

Mais que um jogo de linguagem que procura desconstruir os valores da modernidade, a pós-modernidade propaga-se em um quadro político plural e neoliberal que tende a inviabilizar os princípios normativos da justiça social. Para Giddens, esse quadro é uma consequência da radicalidade da modernidade que pouco a pouco se desvenhilhou dos tipos tradicionais da ordem social por meio de formas de interconexão social que cobrem o globo (extensional) e que ao mesmo tempo alteram a cotidianidade (intencional). O problema é que, junto à crítica, tende-se a jogar com a água do banho os direitos do trabalho sem que se desvende uma outra referência social que ofereça lugares sociais determinados e constantes, em que ordens e identidades possam ser construídas e reconstruídas na dinâmica dialética da vida social.

Como resultado da mudança, promovem-se descontinuidades, com dinâmica apoiada no esvaziamento do tempo e do espaço que outrora permitia o "zoneamento" tempo-espacial preciso da vida social. O lugar se torna cada vez mais fantasmagórico, deslocado para representações do espaço sem referência a um local privilegiado e que, com substituição simultânea em um tempo que dispensa cálculo ou calendário, por ser imediato, virtual. Essa característica fundante da transição à pós-modernidade conduz a um segundo elemento essencial, o desencaixe das engrenagens que alimentam a modernidade porque perdem relevância os contextos locais de interação, geralmente funcionais. O reencaixe ocorre pela recombinação daqueles elementos para uma estrutura mundial por meio de extensões indefinidas de tempo-espço que funcionam pelo intercâmbio de fichas simbólicas (legitimação política, dinheiro) e por sistemas de excelência técnica que nutrem a confiança mais nos ambientes materiais que nos sociais.

Presenciamos um momento sombrio da modernidade, dita pós-modernidade, que ameaça a segurança de normas ainda inca-

pazes de demonstrar eficácia no processo de configuração de uma justiça social, especialmente no Brasil. Vivemos um momento contraditório que aponta situações e cenários fora de controle, que minam a construção de uma base social sólida. Na posição contrária à justiça social, visualizamos um cenário extravagante de resistência empresarial a compartilhar a riqueza mundial de modo mais equânime, simultânea ao crescimento da exclusão social que tem, via de regra, começado com a perda do emprego estável e duradouro.

A complexa trama social que inclui do desemprego a modalidades de trabalho totalmente fora de qualquer regulação, extrapolando até mesmo para o repudiado trabalho escravo ou infantil, precisa ser mediada por normas reguladoras que privilegiem os mínimos sociais e éticos na esfera da política internacional. A partir dessa mediação, provavelmente o trabalho como “direito humano” tenderá a ter maior apelo.

Os partidários do “direito ao trabalho” defendem o fim ou a diminuição dos “direitos do trabalho” como única forma de generalização do usufruto daquele direito (voltaremos ao tema em seção posterior). Outra razão não explicaria o fato de os encargos e os direitos trabalhistas serem apontados como responsáveis pelo desemprego. Entretanto, historicamente a normatividade do assalariamento não se efetiva no Brasil para a maior parte dos trabalhadores. E isso é uma característica histórica da formação do operariado brasileiro.

Nessa linha de raciocínio, há que se considerar a concepção de um “direito protetor das fontes de trabalho”, defendida pelos empregadores, principalmente pelo fato de o pleno emprego ser um projeto não realizado no Brasil. Se a previsão da ampliação do emprego se limita à redução de regulação, isso conduz a uma reversão do direito do trabalho travestido ao final em direito do empresário. Afinal a quebra da regulação não se efetiva em garantia de novos postos de trabalho, mas na redução do custo do

trabalho para o empresário. Ironicamente, os empregadores anunciam-se como fontes de trabalho e querem proteção contra os encargos sociais. Estranhamente, o trabalho considerado gerador de riqueza social e responsável pela configuração das relações sociais é reduzido a um detalhe da racionalidade empresarial. Como afirma Giddens (1991, p. 20), “o caráter de rápida transformação da vida social moderna não deriva essencialmente do capitalismo, mas do impulso energizante de uma complexa divisão do trabalho – a ordem em que vivemos não é capitalista, mas industrial”.

De fato, a industrialização foi o marco da modernidade, mas como a principal obra do capitalismo. Há aí uma relação de sincronia e dependência do processo produtivo às diretrizes capitalistas; que nem mesmo Giddens pode relegar.

A partir das inúmeras mudanças, o direito ao trabalho, mais do que o direito específico a um contrato de emprego, tem inerente à sua formulação a concepção de que trabalhar é um direito que independe dos padrões de desenvolvimento da estrutura produtiva. Ele deve ser entendido muito além da fábrica tradicional. É um bem que deriva da necessidade de renda para a manutenção da cidadania. Ser cidadão não é mais participar dignamente do processo produtivo que confere um lugar social e uma identidade ao trabalhador, mas poder influir nas múltiplas esferas sociais em que o dinheiro se transformou na senha de entrada. Além disso, alguma forma de trabalho, cremos, sempre será um “suporte” para qualquer programa de redistribuição de renda, junto com a educação.

2. Impactos da pós-modernidade no conceito de emprego

As mudanças no trabalho-novo (globalizado, transnacionalizado, etc.) retiram os resultados do trabalho de seu contexto social. Há uma mudança nas relações entre espaço e tempo, entre o local e o universal. É o

desenchaixe dos sistemas sociais submersos em contínuas mudanças e ampliações descontínuas que refletem e afetam as ações de indivíduos, grupos e instituições legitimadoras do social. O deslocamento e o novo zoneamento imputam novas práticas que se traduzem em descompasso entre percepção e reflexividade. Trabalha-se em um ponto do universo, mas o lucro decorrente da exploração desse fator de produção pode transferir-se imediatamente ou antecipadamente para algum acionista residente em outro ponto longínquo. A materialidade do trabalho se desintegra na mediação virtual de um acionista virtual, cujo rosto provavelmente não pode ser destacado na multidão e cuja voz é abafada pelos economistas que falam pelo mercado. Desaparece o cenário físico e com ele a padronização do lugar com uniformidade espaço-temporal.

Para esse “empregador” virtual, pulverizado, o empregado não é apenas anônimo, é estranho, indefinido em quantidade ou qualidade. Não há consciência da natureza do trabalho realizado e das necessidades dos trabalhadores. Para o “empregado”, o empregador é um outro, um gerente que adapta a produção aos ditames de um mercado e às exigências de dividendos ou lucros de uma competição feroz, em todos os campos. Todo esse estranhamento impacta na solidez das relações entre esses antes parceiros da produção. Em muito o empregado ainda é o mesmo, mas o empregador despersonalizou-se. E a pessoalidade que ainda é fator importante na definição do emprego tende a perder sentido. Ao empregador nem mesmo interessa se foi o empregado xis que fez o trabalho. Pode até haver um “alter ego” do empregado trabalhando. Isso não é levado em consideração, apenas a materialidade da mercadoria interessa, quando houver algum resultado material. Em muitos aspectos é possível efetuar uma aproximação entre o trabalho e o emprego, na medida em que os conceitos mudam. Só para exemplificar, com as novas formas de emprego, a “subordinação pessoal” pode

não representar mais um fator determinante na definição da existência do emprego. Essa noção pode ser substituída pela idéia de “dependência econômica”. Ao empregador não interessa mais o controle sobre a realização do trabalho, mas importa sim o controle dos resultados. Da mesma forma, muitos outros parâmetros para a caracterização de uma relação de emprego estão perdendo sentido.

Por tudo isso, uma das questões relevantes nesse debate refere-se a essas amarras conceituais. As concepções de trabalho e de emprego devem encontrar as suas semelhanças. Por que não reconceitualizar o emprego? É sintomático que na Alemanha “há uma tendência a estender a cobertura da lei do trabalho até onde for possível. É preciso ser colocado que esta estratégia não é incontestada, a ela se opõe um setor significativo de empregadores em nome da flexibilidade”¹. Nesse processo já não há consenso a respeito do conceito de “emprego” e de “vínculo empregatício”. Os aplicadores do direito não querem mais ficar limitados ao espaço do “direito industrial”. Mesmo as relações mais tênues de trabalho passam a ser objeto de preocupação. Mas, dentro desse processo, os advogados devem democratizar o conhecimento especializado que fez do emprego uma seara de direitos incompreensíveis, inacessíveis aos leigos e terreno das mediações remuneradas e da participação dos mediadores no resultado do desrespeito aos regulamentos. Um certo “poder simbólico” (BOURDIEU, 1998, p. 231-237) precisa ser devolvido aos verdadeiros detentores de tal poder, os portadores das razões justas, ou seja, os trabalhadores prejudicados.

Outro sintoma do esvaziamento do emprego como referência fundamental nas relações sociais fica visível com a crescente introdução dos contratos atípicos ou alternativos de trabalho. São modalidades que pretendem representar fórmulas de relações trabalhistas mais adaptadas às novas circunstâncias. O que inicialmente era simples-

mente uma busca de flexibilização do contrato tradicional evoluiu e obteve como resposta dos governantes a oferta de novas alternativas a empregados e empregadores. As mais visíveis são os contratos por prazo determinado (Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998) e o “*part time*” (Medida Provisória nº 1.879-28, de 21 de setembro de 2000). No Brasil introduziu-se também uma modalidade de suspensão temporária do contrato de trabalho (na mesma Medida Provisória do “*part time*”), verdadeiro misto entre seguro-desemprego e manutenção do emprego. Além disso, outras fórmulas de evasão do campo garantido do direito do trabalho também vêm sendo adotadas. São exemplos desse tipo de afastamento do direito social a tentativa de evitar a configuração da relação de emprego quando se trata de trabalho cooperativado ou voluntário (Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994, e Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, respectivamente).

O avanço da contratação atípica representa uma crescente influência do civilismo e, portanto, do individualismo, nas relações entre trabalhadores e tomadores de trabalho. Representa também a nova face legal e social da contratação dos trabalhadores que, dentro do dualismo atual do mercado de trabalho, são periféricos e formam o cinturão precário que cerca o grupo de trabalhadores com mais estabilidade, de interesse para o núcleo central das empresas. Esses, via de regra, ainda estão cobertos pelas normas sociais rígidas. Mattoso (1995, p.90) vê nesses novos contratos o crescimento da “insegurança na contratação do trabalho”, entre outras inseguranças que o autor detecta no novo mundo do trabalho. Podemos visualizar, nesses novos contratos, uma tentativa de responder aos desafios da pós-modernidade; uma forma de responder à aceleração das mudanças com a aceleração das trocas de parceiros e com a redução dos custos dessas trocas.

Assim como o novo contexto já colocou em desuso a noção de classe social como depositária dos direitos do trabalho, avan-

ça agora no sentido de diluir a noção de categoria profissional. Um trabalhador adaptável e flexível, exigência do mercado atual, dificilmente se enquadra dentro da classificação “categorial”. A curto prazo, os sindicatos assistirão, crescentemente, a diluição de suas bases e a maior parte dos fundamentos que nortearam a sua criação também perderá razão de ser.

Mas isso significaria irmos um pouco além do que nos propomos. Fiquemos com a noção de “emprego”, vinculada ao Direito do Trabalho. O que estamos tentando dizer é que é preciso estender as asas desse campo jurídico, para que ele possa cobrir todas as formas de trabalho. Caso contrário o Direito do Trabalho acabará obsoleto, como obsoletos estão ficando muitos dos conceitos que fizeram a sua história.

3. Um conflito imaginário: trabalho versus emprego

O trabalho, em seus aspectos jurídicos e sociais, pode ser analisado com os dois enfoques já referidos: direitos do trabalho e direito ao trabalho. O primeiro enfoque é essencialmente jurídico. O segundo encontra suas fontes mais nos fundamentos sociais e econômicos da sociedade. É interessante observar que, ao defender a flexibilização das normas, os representantes dos empresários – e sobre isso convenceram muitos representantes de trabalhadores – utilizam-se de uma contraposição entre os “direitos do trabalho” e o “direito ao trabalho”. Basicamente, a existência de excessivos direitos decorrentes do trabalho estaria, nessa visão, inibindo novas contratações e, portanto, limitando o direito a um emprego, a um trabalho ou mesmo a um serviço.

No caso do Brasil, essa contraposição de diferentes aspectos de um mesmo problema pode encontrar, inclusive, algum fundamento constitucional, pois o art. 6º da Constituição Federal, assegura, entre os direitos sociais, o trabalho, enquanto o art. 7º da mesma carta elenca os diversos direitos dos traba-

lhadores urbanos e rurais. É certo que o trabalho como direito social sujeita-se a limites “na forma desta Constituição”. Entretanto, no inciso XIII do art. 5º, isto é, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, define-se que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. À liberdade do exercício de trabalhos, ofícios ou profissões contrapõem-se, assim, os limites que a própria legislação constitucional ou infraconstitucional vai estabelecer. Também acaba permitindo o estabelecimento de reservas de mercado, espaços de corporativismo.

Não procedem, entretanto, as tentativas de criar antagonismos insuperáveis entre esses dois aspectos humanos do trabalho. Saber até que ponto a existência de normas jurídicas rígidas está, de fato, reduzindo os espaços daqueles que pretendem trabalhar é uma questão difícil, mas certamente não pode ser entregue ao domínio das decisões individuais e individualistas; não pode ficar, tampouco, a cargo das negociações internas de uma empresa. A dimensão social da questão exige a presença de regras públicas e gerais, além de políticas sociais de estímulo e compensação. No futuro, quiçá, será possível impor a necessidade de normas sociais internacionais com verdadeira eficácia, sob pena de sanções econômicas eficazes.

O direito ao trabalho já é um Direito reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembléia da Organização das Nações Unidas, em 1948. Mas, não só o direito ao trabalho é assegurado, também o direito a certas condições mínimas de trabalho. Portanto, os “direitos do trabalho” estão previstos². Encontramo-nos assim diante de duas formas de encarar o problema. O trabalho é um direito humano. E é também um direito social.

A luta pela preservação do direito ao trabalho encontra, como se pode ver, sólidos fundamentos no direito internacional e na

teoria dos direitos humanos, tratando-se de “Direito ao Trabalho” e de “Direitos do Trabalho”. O segundo está presente na exigência de condições justas e favoráveis de trabalho. Não se cogita aqui, portanto, em colocar o primeiro em condição de superioridade ao segundo, submetendo o ser humano a qualquer tipo de trabalho, obtido dentro das limitações mercadológicas. O direito nacional, registre-se, incorpora esses princípios em sua Constituição. Mais ainda, na Constituição de 1988, contrariando uma orientação histórica, as normas de direito do trabalho deixaram de constar do capítulo da “Ordem Econômica e Social” e foram capitulados como “Direitos e Garantias Fundamentais”. O legislador daquele momento, portanto, viu no trabalho mais do que uma mera questão econômica e social. Numa interpretação sistemática, os direitos decorrentes do trabalho são agora “direitos e garantias fundamentais”, o que nos remete à essência do ser humano.

A condição de direitos de cidadania social atribuída às normas que regulam o trabalho, até por imperativo constitucional, passa a ser inquestionável, embora os processos de flexibilização e de desregulamentação dos direitos trabalhistas tendam a levar o direito do trabalho de volta ao campo do econômico, ou seja, do mercado, pura e simplesmente. Adilson Bassalho Pereira (1997, p. 9-17) alerta-nos para outro aspecto importante a considerar. O direito trabalhista não pode ficar afastado do campo jurídico “garantido”, sob pena de permitirmos a supressão da liberdade, bem que o liberalismo tanto preza. E isso ocorreria, pois, no limite, a ausência de direitos trabalhistas permite formas escravagistas de exploração da mão-de-obra.

O “direito ao trabalho”, em análise conjunta com os “direitos do trabalho”, também surge como uma consequência natural do “direito ao desenvolvimento” (Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986). E esse, por sua vez, foi alçado à condição de Direito Huma-

no na referida Declaração. A pessoa humana é o “sujeito central do desenvolvimento” (TRINDADE, 1998), e o direito ao desenvolvimento decorre naturalmente do “direito à autodeterminação”. Também no que se refere ao direito à vida, temos fundamentos para considerar os direitos ao trabalho e do trabalho como inseridos dentro dos direitos humanos. O direito à vida supõe o gozo desse direito com dignidade e em condições decentes.

Os direitos humanos, entretanto, não existem dissociados. Estão todos interligados: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Na construção da cidadania, que, em nossa visão, é essencial para o desenvolvimento, assim como deve ser uma decorrência natural dele, caminham juntos, interligam-se, combinam-se, complementam-se. A interligação entre esses direitos trabalha frontalmente contra a tese das “gerações de direitos”. Essa idéia de gerações pode ter algum valor histórico, mas, hoje, temos de olhar a cidadania e os direitos humanos como um todo indissociável. Afinal, o fato de algum ramo do direito ser menosprezado em determinado estudo não significa mais do que a parcialidade de toda a abordagem teórica.

4. Mecanismos de defesa dos trabalhadores no novo contexto

A situação das relações sociais e, entre elas, as relações trabalhistas são importantes para a definição das formas de defesa dos direitos. A construção do ordenamento jurídico do emprego enquanto forma consagrada de trabalho é afetada pelo ordenamento do mundo do trabalho concreto, marcado por novas modalidades que imputam nova normalidade, com reflexos diretos sobre as relações trabalhistas.

O grande desafio que se apresenta à legislação do trabalho e, mais amplamente, à defesa dos direitos diz respeito ao acompanhamento dessa nova situação. O aumento da circulação de mercadorias e a abertura

dos mercados, principalmente dos mercados dos países mais pobres, tendem a levar o debate sobre os direitos sociais para o nível internacional. A existência do “dumping social” e a possibilidade de que essa temática adquira importância nos próximos anos leva-nos a considerar a supranacionalização da questão social. Até agora a OIT tem desenvolvido esforços na construção de ordenamentos minuciosos que, ao final, adquirem caráter de normas programáticas ou afirmação de princípios. Vigora uma certa perda de realismo se considerarmos que a base de regulação das relações trabalhistas é um atributo do paradigma industrial, afetando só o assalariamento.

Diante do novo contexto, a luta pelos direitos dos trabalhadores e por mais justiça social ressentem-se das confusões ou alterações geradas no espaço e no tempo. Essas afetam a organização do trabalho e introduzem relações compatíveis com novos padrões. Afetam também as formas de mobilização dos trabalhadores que contavam até então com os critérios legais como parâmetros sólidos. Instala-se, além da instabilidade no trabalho, a instabilidade quanto ao campo de luta disponibilizado. Os sujeitos sociais com a missão histórica de serem os promotores de um projeto socialista assistem atônitos à perda dos postos de trabalho, ao descarte de atividades até há pouco consideradas essenciais e ainda à perda de direitos trabalhistas. Esses direitos foram resultado de árduas lutas políticas que implicaram a constituição de um novo valor social, reconhecimento e garantia de direitos. Os três elementos que ampliam a noção de Direito e merecem destaque referem-se: ao direito de pleitear direitos, ao direito de conservar direitos e ao direito à defesa de direitos.

Em primeiro lugar, como fica o “direito de pleitear direitos”? Em relação ao emprego, ele tende a enfraquecer-se com as dificuldades dos movimentos sindicais de reorganizar-se com as pressões do desemprego. Esse quadro desfavorável é incrementa-

do com as possibilidades que os empregadores dispõem de circularem com facilidade no espaço, sem constrangimentos e riscos, afinal estão resguardados e até são apoiados financeiramente pelos governos. Além disso, possuem todas as condições de jogar com os níveis de produção. A introdução de novas tecnologias, não tão pesadas, e o “desencaixe” e “reencaixe” das relações sociais e econômicas que cercam o trabalho deixam o campo das lutas sindicais muito confuso. Não há um terreno possível de ser esquadrihado com eficiência. Restam as lamentações sobre a instabilidade do trabalho, o que fornece uma vantagem competitiva aos empregadores que dominam bem o cenário dos antigos encaixes e as possibilidades do reencaixe.

Por outro lado, os trabalhadores não-empregados ou desempregados pouco aceso tiveram ou têm ao trabalho formal como forma de obtenção de justiça social. O desafio que se apresenta é a aproximação das diversas modalidades de relação trabalhista para o estabelecimento de direitos mínimos e reorganização dos trabalhadores na busca de novas formas de negociação, que devem incluir a discussão de alguns direitos como fundamentais e, portanto, humanos.

O “direito de preservar direitos”, por sua vez, também é afetado pelo crescente avanço dos representantes do capital contra os direitos sociais. No caso dos empregados, o espaço de “conservação” de direitos também fica restrito com a possibilidade de redução nominal de salários. Se é dado ao elemento mais forte na negociação impor reduções salariais, tudo o mais que estiver acoplado ao rendimento tende a reduzir-se. Já os trabalhadores excluídos de relações empregatícias pouco têm a preservar. Ambicionam muitas vezes ingressar no campo dos direitos preservados dos empregados estáveis.

Finalmente, o “direito à defesa de direitos” depende de um aparato judiciário e depende também da força das organizações trabalhistas. Nesse campo confuso da pós-

modernidade ou “modernidade acelerada”, as instâncias de defesa de direitos precisam ser reconsideradas. Repentinamente, interessa-nos que os trabalhadores europeus consigam manter os seus direitos e que eles pressionem para a difusão desses direitos. Precisamos, também, conhecer os processos da pós-modernidade. Precisamos, pragmaticamente, utilizarmo-nos de todos os mecanismos possíveis de luta. Ainda não sabemos qual será o campo mais fértil para a implantação de mecanismos mais eficazes de justiça social. No momento, a ocupação dos espaços vazios é um primeiro e importante passo para as definições posteriores de uma “pauta” de todos os trabalhadores. A concretização desses direitos só pode ocorrer se houver uma base jurídica sólida como referência para as ações políticas. A dispersão desses direitos promove a instabilidade da organização dos trabalhadores mas não afeta os objetivos dos empresários.

Em recente dissertação de mestrado, analisamos o papel dos contratos atípicos de trabalho (REIMANN, 2000) tentando identificar os efeitos sobre a cidadania da crescente utilização dos referidos contratos. A idéia conclusiva que formulamos remete para a necessidade de garantir mínimos jurídicos e sociais para todos os trabalhadores. É preciso resistir às tentativas de flexibilização, quando elas representarem mera perda de direitos ou quando se tratar apenas de excluir mais trabalhadores da possibilidade de um vínculo empregatício. Em muitos casos, há fundamentos legais para coibir os abusos, a exemplo do que ocorre com as “cooperativas-gatos”³. Na análise da natureza de tais cooperativas, o poder público pode encontrar elementos para considerar ilegal as contratações de trabalho e procurar responsabilizar os tomadores de serviço pelo desrespeito aos direitos trabalhistas.

De qualquer forma, não é possível desconhecer que o combate ao desemprego passa pela criação de novas fórmulas relacionais, concepções e conceitos. E o trabalho

cooperativo e voluntário representa um campo válido de especulações e experiências que podem minorar os efeitos negativos da diminuição no número de empregos tradicionais. O importante é garantir que essas idéias, compatíveis com a generosidade e solidariedade humanas, não sejam utilizadas como mecanismos de manipulação ou exploração, deixando de ter qualquer sentido emancipatório.

5. *Considerações finais*

Recentemente tem havido mudanças evolutivas na concepção de direitos humanos e, cada vez mais, o caráter emancipatório desses direitos adquire proeminência⁴. Os direitos humanos deixaram de ser uma arma na “guerra fria” para transformarem-se numa espécie de utopia global ou conjunto de regras programáticas pelas quais a sociedade civil precisa lutar, como forma de diminuir as injustiças sociais. Cremos que a idéia de Hobsbawn (1987, p. 426)⁵, de que a linguagem dos direitos humanos é inadequada na luta por mudanças econômicas e sociais, tende a ser superada pelas circunstâncias, na medida em que o discurso social dos trabalhadores da “fábrica” precisa ser substituído por um discurso mais abrangente.

Um dos pontos que se destaca nessa análise é a impossibilidade de retirar o trabalho da cena social. Como afirma Simmel (Simmel, 1986), o mundo social se agrega na compreensão, no amor e no trabalho em comum dos indivíduos. Portanto, os avanços atuais tecnológicos e científicos são também crédito do trabalho. A sociedade atual não se construiu como uma representação sem conteúdo, ela é uma síntese de processos de socialização no qual o trabalho foi central. Por que então supor que a radicalização da modernidade pode contar com a banalização do trabalho e supremacia do sistema financeiro?

Nesse sentido, é absolutamente legítimo questionar as teses, de orientação neolibe-

ral, que colocam o “direito ao trabalho” acima dos “direitos do trabalho”. A percepção deve ser conduzida para a natureza de reciprocidade de ambos. Não se pode reduzir esse debate a um esforço teórico fragmentado e esgotado que não dá conta da realidade. Como aponta Giddens, se estamos sendo apanhados em um universo de eventos que não compreendemos plenamente não significa que devamos inventar novos termos. É preciso, e isto é relevante, olhar novamente para a natureza da própria modernidade. A crítica pós-moderna não pode ser um ataque indiscriminado à modernidade, mas às suas “consequências degradantes”. Há que se considerar os avanços democráticos e a reconfiguração da correlação de forças políticas com ganhos reais para os trabalhadores, como uma potencialidade que merece ser explorada. Não é por acaso que Giddens alerta para o fato de que vivemos em um mundo perigoso e carregado. A desatenção pode conduzir à consolidação de políticas muito danosas à democracia.

Assim sendo, a política social e jurídica deve estimular a criação de novos postos de trabalho, garantir direitos sociais e trabalhistas. Em que medida? Na medida do possível e do eficaz, mas sempre buscando a justiça social e a equidade. É difícil encontrar o ponto de equilíbrio em que as condições ótimas se estabelecem. Assim, a idéia, com cheiro de utopia, de cidadania internacional, precisa ser trabalhada a partir da idéia de que os direitos do trabalho e o direito ao emprego são direitos humanos. Talvez, a abertura mundial dos mercados de trabalho, defendida por Boaventura de Sousa Santos, possa ser um enorme passo no reconhecimento desse direito. Afinal a abertura é geral ou não. Desse modo visualizamos a única forma de tentar comprometer os trabalhadores dos países desenvolvidos com um projeto global e humanitário. Seria, também, uma forma de desmitificar o discurso neoliberal que, preservando mercados de trabalho específicos para conter levantes sociais, prega a abertura econômica das

fronteiras dos países subalternos para as mercadorias e os especuladores.

Enfim, devemos ir além da dicotomia emprego-trabalho, aproveitar a confusão de conceitos e assim levar os direitos trabalhistas até onde for possível, nacional ou internacionalmente, utilizando-se do discurso dos “direitos sociais” e dos “direitos humanos”. Essa aproximação é possível, necessária e provável. Portanto, uma exigência no enfrentamento das mazelas da pós-modernidade.

Notas

¹ Texto em inglês: “And here it must be repeated that there is a tendency to extend the scope of labour law as far as possible. It has to be pointed out that this strategy is not uncontested. It is opposed by a significant section of employers in the name of flexibility” (WEIS, 1995, p. 33).

² “XXIII. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. Todo homem tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para a proteção de seus interesses”.

³ Cooperativas criadas apenas com o intuito de explorar mão-de-obra e fugir dos encargos sociais. N.A.

⁴ Sobre esse tema, numa abordagem mais cultural: Santos, 1997, p. 125-134.

⁵ Ele diz textualmente: “Portanto, a linguagem dos direitos humanos é inadequada (exceto do ponto de vista retórico e para fins de agitação) à luta pela realização das mudanças sociais e econômicas às quais os movimentos operários foram dedicados: quer sejam reformas da sociedade existente ou mudanças graduais, quer sejam transformações revolucionárias da ordem social e econômica”.

Bibliografia

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

HOBSBAWN, Eric J. *Mundos do trabalho: novos estudos sobre a história operária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

HUYSSSEN, Andreas. Mapeando o pós-moderno. In: HOLLANDA, H. *Pós-modernismo e política*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

LYOTHARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Tradução de Ricardo Correa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1995.

PEREIRA, Adilson Basalho. Cidadania e direito do trabalho. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*. v. 10, n. 55, p. 9-17, jul. 1997.

REIMANN, Marcos Francisco. *Cidadania e contratos atípicos de trabalho*. Dissertação (Mestrado em Política Social). Orientadora: Márcia de Melo Martins Kuyumjian. Brasília: UnB, abr. 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, n. 39, p. 125-134. 1997.

SILVA, Zélia Lopes da. *A domesticação dos trabalhadores nos anos 30*. São Paulo: Marco Zero/MCT-CNPq, 1990.

SIMMEL, Georg. Digression sur le problème: comment la société est-elle possible? In: Patrick (Org.). *La sociologie et l'expérience du monde moderne*. Paris: Méridiens Klincksieck. p. 21-46. 1986.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Ed. UnB, 1998.

WEISS, Manfred. The future of the individual employment contract in Germany. In: The employment contract in transforming labour relations. BETTEN, Lammy. The Hague: *Kluwer Law Internacional*, 1995.

Proibição de bombas de auto-serviço em postos de gasolina e de catracas eletrônicas em ônibus: limites e possibilidades da ingerência estatal na empresa privada

Luiz Fernando Bandeira

Sumário

1. Contextualização. 2. Dos choques entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho. 3. Direitos sociais ao trabalho e à proteção em face da automação. 4. Adentrando o problema proposto: estudo dos casos. 5. Da efetividade de medidas legislativas protecionistas no campo do emprego. 6. Além do direito positivo: aspectos políticos e sociológicos. 7. Da disciplina jurídica atinente à gestão das empresas privadas. 8. Conclusão.

1. Contextualização

A pesquisa que deu nascedouro a este artigo nasceu a partir da edição da Lei 9.956/2000, que proibiu a utilização de bombas de auto-serviço operadas pelo consumidor em postos de gasolina e estipulou sanções para sua desobediência.

Pouco depois, tomaria corpo debate promovido pelos sindicatos dos cobradores de ônibus por todo o país e abraçado pelo Ministério do Trabalho acerca da utilização de catracas eletrônicas nos ônibus, operando por cartões de débito similares aos telefônicos, dispensando assim aquela mão-de-obra necessária para cobrar o valor da passagem.

O que nos chamou a atenção não foi o problema em si, há muito já conhecido no Brasil: a substituição de mão-de-obra com baixo grau de qualificação por equipamentos mecânicos modernos, com uma principal e grave repercussão social: o lançamento de milhares de

Luiz Fernando Bandeira é acadêmico do 9º período do curso de Direito da UFPE e monitor da disciplina Direito Constitucional 3.

desempregados às ruas, fato que já vimos repetir-se sucessivamente nas instituições bancárias e nas linhas de montagem industriais.

Dessa vez, entretanto, o mecanismo utilizado foi diferente: não se tratava de uma luta encampada por meio das legítimas greves trabalhistas a fim de pressionar os empregadores. O governo federal, decerto preocupado com o nível de desemprego alarmante que massacra o país, usou mão de seu poder coercitivo para editar normas que proibissem, sumariamente, a implantação dos recursos tecnológicos a fim de preservar o emprego daqueles trabalhadores.

Estudaremos assim, nas linhas que se seguem, os fundamentos jurídico-científicos que poderiam embasar – ou censurar – a iniciativa governamental, bem como analisar em breve síntese as circunstâncias políticas que levaram à aparente contradição da linha governamental liberal atualmente defendida, por uma intervenção inusitada na gestão das empresas privadas brasileiras.

2. Dos choques entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho

A Constituição Federal de 1988 inovou por colocar lado a lado, repetidas vezes, valores que nem sempre são compatíveis. O primeiro deles é o da livre iniciativa privada, bem típico dos Estados liberais, em que o empresariado efetivamente fornece à sociedade o complemento das atividades estatais, sendo estas focadas para o atendimento do mínimo indispensável (curiosamente, esse mínimo poderá variar drasticamente de um Estado para outro).

O outro princípio, expresso lado a lado com o da livre iniciativa logo no primeiro artigo da CF/88, em seu inciso IV, é o do atendimento aos valores sociais do trabalho, ou seja, reconhecer à sociedade o direito de empregar-se, de ter uma profissão, de manter-se por seus próprios meios e de finalmente poder prover a sua família não só dos recursos financeiros necessários, mas

também para que o trabalhador possa imbuir-se da dignidade humana advinda somente dos frutos do trabalho.

Os princípios estarão ladeados outras vezes, como no art. 170, a iniciar o Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), quando diz o texto constitucional que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa. Adiante, no arrolamento de seus incisos, invocará, chamando erroneamente de “princípios”¹, a propriedade privada, a livre concorrência, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego, entre outros.

Num primeiro momento, não há choques entre os dois princípios: o Estado deverá estimular a iniciativa privada, bem como conceder aos cidadãos oportunidades para que exerçam suas profissões e que consigam colocar-se no universo laborativo e assim auferir os valores sociais do trabalho a que se refere a Constituição.

Em algumas hipóteses, entretanto, como a que nos propomos a analisar neste trabalho, surgem contradições que necessitam de solução. Quando o Estado intervém nas empresas privadas com o intuito de proteger empregos, sem dúvida, está atendendo aos valores sociais do trabalho, uma vez que, por meio de sua ação, está a garantir postos de trabalho para seus cidadãos. No entanto, como ficaria o respeito à iniciativa privada? Entendemos que aqui cabe utilizar-se da flexibilidade tão inerente aos princípios enquanto fontes do direito, que se afastam do rigorismo semântico e das fórmulas linguísticas limitadoras contidas nas leis e decretos, para algo bem mais dinâmico.

Na hipótese em análise, devemos compreender que os valores sociais do trabalho devem servir como limitadores da livre iniciativa, em outras palavras, é lícito aos empresários brasileiros usar de sua criatividade, inovar e investir da forma que preferirem, desde que não exponham os trabalhadores a condições subumanas, nem desrespeitem os mandamentos contidos na CLT e em outros diplomas legais brasileiros.

Até aqui poderemos representar um pensamento praticamente unânime na doutrina nacional. Entretanto, o que dizer quando a iniciativa privada, nos percalços típicos de quando se vive num regime de livre concorrência, inova com equipamentos e recursos tecnológicos que vão de imediato ou a médio prazo extinguir inúmeros postos de trabalho? É o caso, por exemplo, das bombas de gasolina operadas pelo próprio consumidor ou das catracas eletrônicas em ônibus, que dispensam cobrador. Essas inovações tecnológicas, atinentes a reduzir o custo operacional das empresas, levarão à demissão de centenas de milhares de trabalhadores, substituídos por máquinas.

Não há, entretanto, pelo menos a princípio, qualquer ilegalidade nem ofensa à CLT. Os direitos dos trabalhadores poderão ser todos garantidos, tais como aviso prévio, pagamento de todas as verbas rescisórias, e ainda assim eles irão perder seus empregos. Na prática, excetuando alguns casos como o da gestante, dos sindicalistas e dos integrantes da CIPA, não existe na iniciativa privada a figura da estabilidade no emprego, tão célebre no serviço público, e de fato nenhum direito trabalhista, em tese, estará sendo lesado ao ser realizada a opção do empresário em substituir homens por máquinas.

Perceba-se que esse debate é tão velho quanto contemporâneo: se os exemplos podemos buscar em idos e remotos tempos, novos e mais intrincados casos não param de surgir em nosso direito.

A questão resumir-se-á, de fato, à principiologia estatal, e muitas vezes à inclinação social ou liberal que se pretenda dar ao Estado brasileiro em questão. A busca do pleno emprego pode ser somente uma intenção escrita em letras mortas na Constituição, como tantas outras que podemos enumerar, ou poderá ser uma grande bandeira a ser empunhada e doravante motivo para diversas atuações positivas do Estado com o intuito de garantir a todos os seus cidadãos oportunidades de emprego.

A ingerência estatal, nessa hipótese, pode de fato basear-se na valorização social do trabalho em detrimento da liberdade da iniciativa privada no momento em que preferir dar uma feição menos capitalista, mercadológica, à sua atuação, e passar a atender a necessidades sociais. É o que podemos concluir com base na mera análise dos princípios pertinentes à matéria.

3. Direitos sociais ao trabalho e à proteção em face da automação

Ainda analisando o que dispõe a Constituição Federal, porém passando da análise principiológica para o campo dos direitos sociais, surge uma nova realidade a confrontar-se com o princípio de proteção à livre iniciativa privada.

Em seus artigos 6º e 7º, a CF/88 garante aos cidadãos como direito social o acesso ao trabalho, logo em seguida elencando uma série de direitos conexos advindos da relação trabalhista, tais como férias anuais remuneradas, seguro-desemprego, FGTS, salário mínimo, irredutibilidade salarial, jornada de trabalho, licenças maternidade, enfim, toda uma gama de direitos que visam a assegurar a dignidade do trabalhador enquanto tal. Entre eles, mais precisamente no inciso XXVII do art. 7º, encontra-se a “proteção em face da automação, na forma da lei”.

A inclusão desse inciso entre os direitos sociais, preocupação inexistente nas constituições anteriores, advém da crescente evolução tecnológica dos tempos modernos que, se por um lado reduzem os custos e aumentam a produtividade, em grande monta ameaçam substituir homens por máquinas, ceifando muitos postos de trabalho. Assim, o que objetiva o presente dispositivo é a proteção do trabalhador de sua possível substituição por sistemas automáticos de produção, devendo a lei determinar como será efetivada essa proteção.

Ao analisar esse inciso, comenta o Professor Ivo Dantas que,

“levando-se em conta que a Ordem

Econômica baseia-se na ‘função social da propriedade’ (art. 170-III) ao mesmo tempo que na ‘livre iniciativa’ (art. 170-IV), não se pode esquecer que outro de seus princípios é a ‘busca de pleno emprego’ (art. 170-VIII). Em consequência, o constituinte admitiu a *automação*, contudo, não de forma absoluta, mas sim, desde que esta não comprometa ‘os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa’ (art. 1º-IV), o que significa dizer-se, que a introdução de novas máquinas não poderá ser indiferente à garantia do emprego” (1994, p. 340).

Até o presente momento, no entanto, a previsão constitucional de legislação que regulasse a proteção do emprego em face da automação ainda não foi atendida, de forma que não existem parâmetros para que se proceda à efetivação desse direito social. A bem da verdade, também não foram regulamentados outros direitos previstos no mesmo artigo 7º, como o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inciso XXI) e adicional de penosidade (inciso XXIII).

Acaba por acontecer o mesmo que ocorre com o direito social ao trabalho, claramente expresso no art. 6º e criticado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 87) por não deixar claro como poderia ser exigido. Bem lembra o ilustre constitucionalista que “se há um direito ao trabalho deve haver quem tenha a obrigação de prestar ocasião de trabalho. Sem esta obrigação o direito ao trabalho é vazio”.

Não se há de negar que os novos tempos exigem uma requalificação da mão-de-obra a fim de que possa trabalhar com o moderno maquinário hoje existente nas indústrias e comércio em geral. No entanto, ainda que se desse o treinamento necessário a todos os trabalhadores que realizavam uma antiga função antes do adimplemento de novas ferramentas tecnológicas, sabe-se que nem todos poderão ser aproveitados no dia-a-dia de trabalho com as novas máquinas, até porque são elas em geral desenhadas

para necessitar da mínima quantidade de mão-de-obra possível.

Assim, a questão vai além da mera qualificação técnica dos trabalhadores. O risco de demissão em massa a cada avanço tecnológico é iminente e até hoje não há regulamentação legal para o mandamento constitucional que prevê a proteção em face da automação mencionada.

Surge então um impasse de difícil solução: a fim de se preservarem os empregos, dever-se-ia abrir mão do avanço tecnológico? Por outro lado, o fato de ainda não haver regulamentação para a norma constitucional que prevê a proteção em face da automação protegeria os empregadores de uma reintegração por meio da justiça quando despejassem na rua ex-funcionários, ao implantar novo maquinário em suas linhas de produção? Caso o juiz entendesse a despedida como abusiva, a resposta é não (TEIXEIRA, 1998, p. 306-312).

Ives Gandra Martins Filho entende que o direito à proteção em face da automação poderia ser efetivado por meio de negociações coletivas, uma vez que, no seu entendimento, a forma como o Supremo Tribunal Federal vem tratando o mandado de injunção torna-o inócuo. Afirma ainda que

“o Poder Normativo que a Justiça do Trabalho ainda dispõe (já que vem sendo questionado atualmente), de estabelecer normas e condições de trabalho além das previstas em lei (CF, art. 114, § 2º), permite que, ‘no branco da lei’, os tribunais trabalhistas venham a tornar efetivo, para cada categoria, o que a Constituição previu genericamente para toda a classe trabalhadora, mas não chegou a estabelecer os parâmetros concretos de funcionamento” (2000, on line).

4. Adentrando o problema proposto: estudo dos casos

Queremos analisar, no entanto, uma outra possibilidade: sob a argumentação de

estar a proteger o direito dos trabalhadores ao emprego, poderia o Estado emitir leis que taxativamente proibissem a instalação de determinados equipamentos nas empresas privadas? Especialmente quando não há ainda a regulamentação adequada do art. 7º, XXVII, da CF/88?

A pertinência da pergunta deve-se aos dois fatos ocorridos e que utilizaremos como referência para nosso estudo. No mais antigo deles, que tomou lugar no Município de São Paulo, foram instaladas catracas eletrônicas nos ônibus que dispensavam a presença de cobrador. O usuário do sistema coletivo de transporte urbano compraria um cartão com créditos, semelhante ao telefônico, e assim obteria direito ao transporte, a cada viagem passando o cartão num leitor que descontaria o valor correspondente.

Os empresários do sistema de transporte coletivo elencavam uma série de vantagens: a desnecessidade de entregar troco aos clientes agilizaria o procedimento de embarque, diminuindo em até 8% a duração da viagem; o número de assaltos seria reduzido, uma vez que não mais existiria dinheiro dentro do ônibus, exceto aquele que estivesse entre os pertences dos passageiros; eliminar-se-ia o incômodo de carregar consigo às vezes dezenas de moedas para pagar uma passagem, ou então diversos tipos de vale-transportes, tudo sendo trocado por um único cartão que caberia na carteira (NTV, on line).

O Poder Executivo municipal, entretanto, enxergou nessa questão um grande problema: a demissão de dezenas de milhares de cobradores, numa situação de emprego já extremamente desconfortável. Por meio do Decreto nº 37.404, de 23 de abril de 1998, proibia-se a instalação das referidas catracas eletrônicas nos ônibus que circulassem no município de São Paulo. O decreto tipo como inconstitucional por questões de competência (a regularização dos transportes urbanos e de competência federal)², acabou por ser revogado e substituído para a portaria da MST (nº 172 de novembro de

1998) que vedava a dispensa de trabalhadores como consequência da implantação dos equipamentos de cobrança automática de tarifas de ônibus.

Recentemente, foi expedida portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (nº 340 de 4 de maio de 2000) que subordina a instalação de inovações tecnológicas nos ônibus à vistoria de Auditor Fiscal do Trabalho com a finalidade de, entre outras coisas, verificar se estará havendo demissão proporcionada por inovações tecnológicas.

No caso das bombas de auto-serviço dos postos de gasolina, a ingerência estatal foi ainda mais marcante. Foi promulgada a Lei nº 9.956 de 12 de janeiro de 2000, que, logo em seu artigo 1º, diz que “fica proibido o funcionamento de bombas de auto-serviço operadas pelo próprio consumidor nos postos de abastecimento de combustíveis, em todo o território nacional”.

Aqui, adotou-se a mesma solução inicialmente arquitetada pela Prefeitura de São Paulo, entretanto, num nível de competência legislativa diferente e, a bem da verdade, por meio de um diploma legal muito mais apropriado, uma vez que de fato jamais poderíamos pensar num decreto que efetuassem a proibição de uso de catracas eletrônicas ou de bombas de auto-serviço, por força do inciso II do art. 5º da Carta Magna, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Curioso é observar que a lei em análise traz somente o mandamento supracitado e a sanção a ser aplicada pela desobediência, não chegando sequer a fazer referência ao inciso XXVII do art. 7º, nem mesmo arrolando os *consideranda* que levariam a tal intervenção na gestão das empresas privadas, como se fosse naturalmente constitucional tal medida.

Adiantando desde já o que pretendemos concluir neste trabalho, essa lei, da forma como foi redigida, é inconstitucional, obviamente não por deixar de mencionar os

mandamentos legais ou motivos empíricos em que se baseou, mas sim por regular uma matéria de forma alheia à sua competência devida. Mas deixemos a explanação seguir seu curso natural.

5. Da efetividade de medidas legislativas protecionistas no campo do emprego

Cabe analisar uma outra face da moeda: qual a efetividade das medidas protecionistas tomadas na relação de emprego? Note-se que aqui nos referimo não à *eficácia* enquanto conceito jurídico, mas sim à *efetividade*, ou seja, ao fato de a norma atingir ou não os *objetivos* para a qual foi criada.

Apenas para ilustrar e tornar bem clara a diferença, podemos dizer que as normas que criaram o contrato temporário de trabalho de fato tenham eficácia no momento em que são cumpridas fielmente pelos seus destinatários, no momento em que a população tem conhecimento de seu conteúdo e o segue. Por outro lado, a *efetividade* vai um pouco mais além, e aí utilizaremos o mesmo exemplo: o contrato temporário de trabalho foi criado para aumentar a oferta de empregos no mercado, que em tese era inibida pela extrema complexidade das relações jurídicas advindas do contrato laboral realizado nos moldes oficiais. Argumentava-se que melhor seria partir para a clandestinidade, ou o mercado de trabalho informal. Com o objetivo de sanar esse problema, criou-se a figura legal do contrato de trabalho temporário. Esse novo instituto, no entanto, apesar de não se ter notícias de grandes infrações à sua regulamentação nem de fraudes constantes, o que leva a crer que esteja sendo cumprido e conseqüentemente seja *eficaz*, não conseguiu adquirir *efetividade*, pois não ampliou, até então pelo menos, de fato, a oferta de trabalho no mercado.

É, portanto, a efetividade de que trataremos aqui um conceito extremamente sociológico, ligado aos motivos e interesses por trás da norma jurídica.

Tendo esclarecido essa questão preliminar, passemos à análise proposta. O que percebemos é que por mais que exista o intuito de cercar a relação de emprego de mecanismos cujo objetivo é preservá-la, de fato não serão os óbices legais que afastarão o empregador de efetuar a demissão, nem mesmo serão os incentivos e as formas mais flexíveis de trabalho que aumentarão as ofertas de emprego.

Nessa linha, Antônio Rodrigues de Freitas Jr. (1999, p. 18-19), após considerar que se bastasse a emissão de normas reduzindo custos e direitos trabalhistas a fim de aumentar a *empregabilidade* da população “o problema do desemprego já estaria resolvido, ou pelo menos equacionado em outros países”, expressou-se, em sua tese de livre-docência, dizendo estar

“seguro em observar que a decisão estratégica do empresário, pela abertura de novos postos de trabalho, passa antes pela necessidade e pela racionalidade do recrutamento. Um empresário, agindo por critérios racionais, admitirá ou preservará empregados se e somente se [1] forem necessários; [2] houver horizonte de mercado que justifique uma estimativa de demanda em que a necessidade subsista; e [3] não tenha disponível tecnologia alternativa à necessidade de pessoal. Em outras palavras, cada real economizado com impostos, contribuições previdenciárias, indenizações trabalhistas e outros custos indiretos, não será, por esse motivo, gasto com a abertura de novos postos de trabalho. Se é certo que custos elevados são dissuasórios à contratação de empregados, não é menos certo que custos reduzidos sejam insuficientes para induzir o empresário à abertura de novos postos, nem sequer à preservação de seu pessoal já contratado”.

Assim, é discutível até que ponto a simples edição de normas jurídicas pode incentivar a contratação de força de trabalho, ou

evitar sua demissão, quando, pelo contrário, sabemos que a burocratização pode muitas vezes realizar efeito adverso. Tudo nos leva a crer, portanto, que a flexibilização das normas trabalhistas não aumentará os índices de emprego, mas apenas manterá o atual contingente de empregados, possuindo estes, entretanto, menos direitos em relação ao que possuem atualmente, caso tais propostas visando ao “aumento da empregabilidade” sejam levadas a cabo (Ver MAIOR, 2000).

Se essa conclusão mostra-se verdadeira, o direito enquanto instrumento econômico de fomento ao emprego deixa muito a desejar, sendo muito mais efetivos os controles econômicos de que dispõe o Estado de intervir na atividade produtiva da sociedade, tais como taxas de juros, depósitos compulsórios, variação cambial e outros artifícios que não nos cabe aqui analisar.

Não que estejamos aqui a negar a força que pode ter o direito, e em especial o direito trabalhista, de funcionar como instrumento de justiça social. Muito pelo contrário, ele tem sido verdadeira ferramenta para promover uma relação de trabalho mais equitativa, protegendo o empregado hipossuficiente contra a onipotência do empregador, e mesmo atuando como fator de distribuição de renda e segurança jurídica. O que discutimos aqui é sua viabilidade enquanto instrumento de manipulação do mercado de oferta de postos de trabalho.

6. Além do direito positivo: aspectos políticos e sociológicos

Sabemos que o direito nasce da política, por mais que gritem os puristas. Da mesma forma, esta advém das relações sociais como um todo, nas quais muitas vezes os interesses sociais são trocados por estímulos de ordem pessoal. Assim, diversas normas jurídicas são criadas sem de fato atenderem à necessidade da população, apenas no intuito de ludibriar a opinião pública, passando a imagem de que algo está sendo feito.

Ora, a proibição de utilização das catracas eletrônicas em ônibus vai muito além do intuito de preservação dos empregos dos cobradores, que, segundo estudo publicado na Revista Veja (n. 1646, p. 31), totalizam nacionalmente algo em torno de 170.000 pessoas. Ora, por que não combater outros focos de automação ferrenha, como a indústria automobilística ou o sistema bancário? No mesmo estudo, a citada revista publicou estimativa de que a automação desses setores custou à sociedade um incremento de mais de 2.700.000 desempregados, isso sem contar que a proibição da mecanização do campo, o que não se cogita, obviamente, geraria emprego para 280 milhões de agricultores, mais que a população economicamente ativa de toda a América Latina.

Nitidamente vemos um interesse político em fazer “jogo de cena”, a fim de gerar na população a idéia do combate ao desemprego. As referidas leis lidam com elementos de pequeno relevo no cenário nacional. As grandes utilizadoras da automação, no entanto, contra quem deveria de fato ser aplicado algum tipo de proteção a fim de manter os empregos, detentoras de forte *lobby* e de influências políticas, continuam efetuando em massa a substituição de pessoas por máquinas.

7. Da disciplina jurídica atinente à gestão das empresas privadas

Quando desejamos analisar os limites da regulação estatal sobre a gestão das empresas privadas, cabe analisar, precipuamente, o regime em que as mesmas funcionam, se meramente oriundas da livre iniciativa privada ou se dependentes de concessão ou permissão por meio da Administração Pública.

A iniciativa privada, dentro daquelas atividades que a Constituição Federal não reservou como exclusivas do Estado, poderá ser exercida livremente, por força do parágrafo único do art. 170 da Carta Magna, em que se pode ler que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade

econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Esse princípio, cânone do liberalismo econômico, deve ser interpretado dentro da ótica de uma Constituição preocupada com a justiça social, como é a nossa, donde se conclui que a liberdade aqui outorgada é irrestrita enquanto não colidir com o interesse público, assim como, por outro lado, poderá ser cerceada quando o Estado, por intermédio de lei, achar por bem limitar a liberdade contratual, por exemplo, especialmente no que acontece com os contratos de trabalho.

Nessa linha posiciona-se o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva (1995, p. 726), ao afirmar que a atividade econômica privada será legítima “enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”. Mais adiante, lembra que é mesmo importante uma certa regulamentação do sistema privado, uma vez que deixá-lo totalmente aos cuidados do mercado pode levar a tamanho acúmulo de capital que a concentração capitalista em grandes conglomerados industriais pode, por si só, cercear a liberdade de iniciativa privada.

A lei, portanto, traça diretrizes gerais que regerão a iniciativa privada, seja no que tange aos profissionais liberais, exigindo, como dos advogados, a correspondente habilitação, seja, como nos diplomas normativos referentes aos cartéis e monopólios privados, abrindo a possibilidade de interferência estatal para possibilitar a livre concorrência, outro princípio constitucional também insculpido no art. 170, IV.

A realidade que aqui estamos a delinear, entretanto, ganha roupagem totalmente diferente quando passamos a tratar das empresas privadas que oferecem serviços públicos sob o regime da concessão, conforme previsto no art. 175 da CF/88, posteriormente regulamentados pelas leis 8.987 e 9.074, ambas do ano de 1995.

Apenas para relembrar, a concessão é definida por Maria Sylvia Zanella di Pietro como sendo

“o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço” (1999, p. 72).

Nesse tipo de empresa privada, por estar prestando serviço público, o empresário deverá subordinar-se integralmente à vontade do Poder Público, que terá a prerrogativa de alterar as cláusulas do contrato unilateralmente. Sobre isso, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que

“o concessionário não pode-se opor às alterações exigidas, nem esquivar-se de cumpri-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não haja sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Cabe-lhe, apenas, como adiante melhor se verá, o ressarcimento pelo desequilíbrio econômico dos termos da concessão, se este resultar da ação das novas medidas estabelecidas pelo concedente” (2000, p. 624).

Ora, acabamos de ver traçada clara zona limítrofe da possibilidade de intervenção do Poder Público nas empresas privadas. Naquelas que se configuram como empresas cuja atividade é por natureza privada, funcionando além da esfera de competência pública, o Estado poderá intervir apenas no intuito de defender os princípios e normas gerais orientadoras do sistema jurídico brasileiro (como a valoração ao trabalho e a livre concorrência). Já nas empresas privadas cujo objeto for a prestação de serviço público sob o regime da concessão, a intervenção poderá ser muito mais ampla, de forma que o serviço público será prestado na maneira pretendida pelo Estado, desde que não sejam procedidas alterações no contrato de concessão que desvirtuem o seu objeto ou

que afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

8. Conclusão

Após toda a análise exposta, poderemos chegar a uma conclusão final sobre os limites e possibilidades da intervenção pública nas empresas privadas.

Primeiramente, quanto à questão das catracas eletrônicas em ônibus. Compete aos municípios, por força do art. 30, V, da CF/88, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, o serviço de transporte urbano coletivo de passageiros, de forma que as empresas de ônibus funcionam sob regime de contrato de concessão com os respectivos municípios onde atuam.

Dessa forma, de acordo com o que vimos no item anterior deste trabalho, caberia à Administração Municipal a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato de concessão de serviço público, podendo livremente proibir a implantação das catracas eletrônicas com o intuito de preservar o emprego dos cobradores de ônibus.

Curiosamente, justamente neste caso, as normas da secretaria municipal de transportes de São Paulo, bem como a portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 320 foram mais brandas: não proibiram a implantação das catracas eletrônicas, mas simplesmente proibiram que fossem efetuadas demissões de trabalhadores por conta de sua implementação. Decorrente do princípio de “quem pode o mais, pode o menos”, não restam dúvidas quanto à constitucionalidade desses atos normativos.

Houve ainda protestos dos empresários invocando o art. 5º, II, da Constituição, argumentando que seria necessária lei para impedir a demissão dos empregados, não podendo tal vedação ser imposta por meio de portarias. Lembramos aqui que se trata de serviço público regido por contrato de concessão e que como tal deve atender às determinações do concedente, não sendo

necessária lei para exprimir os desejos do Poder Público.

Por fim, tratemos da questão das bombas de auto-serviço nos postos de gasolina, que tiveram sua instalação terminantemente proibida pela Lei 9.956/2000.

Observe-se que já não mais se trata de atividade exercida sob o regime de concessão, uma vez que o comércio de combustíveis não está incluído na categoria de “serviço público”. De fato, trata-se de comércio de bens móveis, atividade privada por excelência.

Nesse tipo de atividade, conforme já estudamos, a possibilidade de intervenção do Poder Público é bastante reduzida, estando limitada ao atendimento do interesse público em manter os princípios constitucionais da valoração social do trabalho e da livre concorrência. Qualquer ingerência que o Estado pretender fazer deverá contrabalançar esses valores com o da livre iniciativa, que, como já dissemos, a Carta Magna já nos traz logo em seu art. 1º, IV.

É compreensível o interesse governamental em, num período de crise, acenar com proteções aos trabalhadores, conforme já analisamos no item 6 deste trabalho. Entretanto, mesmo invocando a proteção em face da automação, prevista no art. 7º, XXVII, da CF/88, não é admissível tamanha ingerência sobre a gestão das empresas privadas.

O que poderia ser feito, numa integração dos princípios já aqui levantados com o direito social de que sejam protegidos os empregos em face da automação, é que sejam proibidas demissões decorrentes da instalação de tais bombas de auto-serviço, ou seja, poder-se-ia proibir a demissão dos frentistas, e até seria muito interessante que assim fosse feito, mas não a instalação do equipamento.

É exatamente essa a orientação normativa encampada na Noruega, por exemplo, onde os trabalhadores que perderam seus postos por implantação de novo maquinário obrigatoriamente serão treinados para assumirem outra função dentro da mesma empresa, sendo proibida sua demissão, a

menos que realizada por motivos outros, que não a mera automação.

Se assim fosse feito no Brasil, os ganhos sociais em termos de manutenção do emprego seriam muito mais efetivos, na medida em que seria incentivada a reciclagem e treinamento dos trabalhadores, bem como estimulada a expansão dos negócios dos empresários, com o fito de abarcar toda a mão-de-obra relocada (Ver CRETELA JÚNIOR, 1991, p. 990-991), o que seria extremamente bem-vindo numa economia em estado recessivo como vem sendo a brasileira nos últimos anos.

Resta portanto a nossa conclusão final pela inconstitucionalidade da lei federal 9.956 de 12 de janeiro de 2000, com esta última sugestão para que utilizemos o direito não como mera ferramenta fabricante de ilusões para a população (como muitas vezes a nossa Constituição vem-se mostrando), mas verdadeiro instrumento propulsor de nossas economia e sociedade.

Notas

¹ De fato, Diogo de Figueiredo Moreira Neto alerta que existe nesse artigo da Constituição uma grande confusão entre o que seriam fundamentos, princípios e finalidades. No seu dizer, nos *fundamentos fáticos*, sob a dimensão ontológica da ordem econômica, estariam o trabalho, os meios de produção e a iniciativa privada; a dimensão axiológica compreenderia, agora sim, os *princípios* da atividade interventiva do Estado na economia, tais como a soberania, a função social da propriedade e a livre concorrência; a última dimensão, teleológica, traria as *finalidades* da intervenção estatal: a existência digna da pessoa humana, a sua defesa enquanto consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, etc. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 344).

² Para maiores informações sobre a inconstitucionalidade do decreto, verificar o parecer de autoria do advogado Ivo Carlos de Almeida Palmeira. Disponível em: <http://www.ntu.org.br/banco/bilhetagem/Parecer0799.doc>

Bibliografia

Associação Nacional de Transportes Urbanos. Disponível em: <http://www.ntu.org.br>.

CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 2.

DANTAS, Ivo. *Constituição federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Direito do trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo: LTr, 1999.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os direitos fundamentais na constituição de 1988: os direitos sociais, sua defesa e a proteção contra a omissão inconstitucional*. Disponível em: <http://www.bt.net.com.br/pages/idp/df.htm>. Acesso em: 7 jun. 2000.

MELLO Celso A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PALMEIRA, Ivo Carlos de Almeida. *Parecer 07/99*. Disponível em: <http://www.ntu.org.br/banco/bilhetagem/Parecer0799.doc>

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

Vai sobrar emprego. *VEJA*. São Paulo: Abril. n. 1.646, p. 31, 26 abr. 2000.

A caracterização jurídica do ato cooperativo

Jamile Bergamaschine Mata Diz
Alexandre Romualdo Mendes

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Localização dos atos cooperativos na teoria dos atos fatos do Direito. 3. Conceito de ato cooperativo. 4. Diferenciações entre os diversos tipos de atos jurídicos. 5. Limitações do ato cooperativo. 6. Conclusão.

1. Considerações preliminares

O ato cooperativo é, antes de tudo, um ato jurídico. E como tal compreende todas as relações de Direito previamente estabelecidas pela lei. Assim sendo, denomina-se ato jurídico (considerado em seu sentido lato) “o fato jurídico cujo suporte fático tenha como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível” (MELLO, 1995, p. 117).

Após a perfeita identificação do instituto em comento no universo jurídico, procurar-se-á encontrar sua localização na seara do direito, determinando assim que se trata de figura pertencente ao direito público ou direito privado, bem como descobrir se o ato cooperativo pertence a algum ramo do direito contemporâneo.

Assim, o objeto do presente estudo é caracterizar a exata natureza jurídica desse importante elemento, visto a sua crescente utilização e relevância em relação diretamente proporcional àquelas conseguidas pelas cooperativas das mais variadas espécies no cenário jurídico e econômico nacional.

Jamile Bergamaschine Mata Diz é professora de Direito da Universidade Federal de Viçosa e Presidente da OAB/Jovem da 91ª Subseção da OAB/MG.

Alexandre Romualdo Mendes é acadêmico de Direito da Universidade Federal de Viçosa.

2. Localização dos atos cooperativos na teoria dos atos e fatos do Direito

A Teoria Geral do Direito Civil, arcabouço doutrinário e conceitual do qual os demais ramos do direito, notadamente o privado, retiraram seus princípios, contém um dos tópicos mais importantes de todo mundo jurídico, que é o estudo da formação da relação jurídica, ou melhor, a teoria dos fatos e dos atos jurídicos. Maria Helena Diniz, citando Washington de Barros Monteiro, conceitua os fatos jurídicos como “os acontecimentos, previstos em norma de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas” (1995, p. 189).

O conceito de fato jurídico é subdividido em duas espécies diferentes: aqueles em que presentes apenas a força da natureza, desde que prevista pelo ordenamento e geradora de efeitos jurídicos, são chamados de fatos jurídicos em sentido estrito, enquanto os demais, em que, além da ação da natureza, também está presente a atuação do homem, chamamos de atos jurídicos, sendo essa a parte a qual daremos maior atenção.

Dentro desse conjunto de atos, existem os chamados atos jurídicos em sentido estrito e os chamados negócios jurídicos, que são as categorias de gênero do qual é espécie os atos cooperativos.

O professor Soriano Neto, com destacada precisão, define que:

“Ato jurídico em sentido estrito, seriam os atos jurídicos cujos efeitos, com fundamento em uma situação de fato caracterizada e regulada legalmente, se produzem *ex lege*, sem consideração de uma correspondente vontade de resultado, do agente; e negócio jurídico é o ato jurídico que serve à autonomia privada do sujeito de direito e em cujos pressupostos de fato é essencial a vontade do sujeito, completada por uma conduta externa e dirigida ao efeito jurídico” (Apud RAÓ, 1997, p. 42).

Com isso, não se quer dizer que no primeiro caso a vontade das partes não terá nenhuma influência e nem que na segunda hipótese o ordenamento jurídico será considerado em pé de igualdade com a vontade, enquanto naquele a vontade será totalmente submetida à norma, somente gerando os efeitos que por ela foram permitidos e/ou não foram vedados. Contudo, tanto um como o outro são atos jurídicos. E, como procuraremos demonstrar mais adiante, o ato cooperativo pode amoldar-se tanto como ato jurídico propriamente dito como negócio jurídico.

O atual ordenamento civilista, em seu art. 81, conceitua o ato jurídico como todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Nesse conceito estão os elementos que permitirão uma análise mais apurada do ato jurídico. Apesar de presente no Digesto Civilista, o mesmo não faz referência somente a um ato civil, mas sim a um ato jurídico que é aplicável de forma geral a todos os ramos afins. Se determinados atos possuírem notas que os distinguem dos demais, como o que ocorre *verbi gratia* com o ato cooperativo e o ato de comércio, passam estes a receber denominação específica.

Em outras palavras, reforça Renato Becho:

“(…) Com isso, pretende-se aprofundar nas peculiaridades de cada ramo, seus contornos específicos, suas singularidades. Existem, portanto, aspectos gerais a todos ou vários ramos, e aspectos específicos a uns ou alguns” (1997, p. 114).

Logo, o ato cooperativo é um ato jurídico que possui características únicas e, portanto, merece um estudo apartado do ato jurídico genérico, exigindo ser analisado em pé de igualdade e em relação a outros diferentes tipos de atos jurídicos que dão timbre autêntico e independente de diversos ramos do direito, como o comercial e o administrativo, como veremos a seguir.

3. Conceito de ato cooperativo

Antes de nos adentrarmos na conceituação propriamente dita, é mister consignar que a identificação de um instituto de importância vital para a caracterização das sociedades cooperativas, tal qual os atos cooperativos, naturalmente possui um conceito legal. E o mesmo está localizado no art. 79 da lei nº 5.764/71, que determina o regime jurídico das sociedades cooperativas.

In verbis:

“art. 79 – Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas para a consecução dos objetivos sociais”*.

Todavia, a despeito do conceito legal, existe a conceituação doutrinária do instituto, que não raras vezes é mais científica e elaborada que a primeira, devido a sua maior profundidade, auxiliando muitas vezes o julgador para a difícil tarefa de aplicar o direito controverso.

Esse é o caso do conceito elaborado por Corbella:

“Atos cooperativos são aqueles atos jurídicos dirigidos a criar, manter ou extinguir relações cooperativas, celebrados conforme o objeto social e em cumprimento de seus fins institucionais” (Apud BECHO, 1997, p. 130).

Percebe-se claramente que o segundo conceito é bem mais preciso que o primeiro, a começar pela própria delimitação do instituto. Este dá enfoque aos agentes da relação, quais sejam, o cooperado e a cooperativa na execução dos objetivos sociais. Aquele dirige sua atenção ao próprio ato e não em quem o pratica. Além do mais, exige que o ato praticado seja para o cumprimento de seu fim institucional, em uma coerente análise.

Exemplificando, podemos considerar a hipótese de uma cooperativa aplicar no mercado financeiro o valor de seu faturamento ou mesmo as sobras, ou ainda algum

fundo destinado à execução de um de seus objetivos, a fim de que esse valor não perca seu poder aquisitivo, mas, ao contrário, sofra um acréscimo, permitindo assim uma melhor execução do fim estatuído.

Do ponto de vista normativo, esse ato não seria cooperativo, mas sim um ato comum, pois não teria seu aspecto singular, qual seja, a relação entre a cooperativa e seu associado, mas com terceiro. Portanto, seria um ato comum, no caso, ato de comércio, sujeito aos regulamentos a ele impostos. Já na elaboração doutrinária, que se coaduna com a teoria dos atos do direito, tal ato se encaixaria perfeitamente no conceito de ato cooperativo, desde que estivesse prevista a possibilidade em seu estatuto e que a aplicação financeira fosse de verbas destinadas à execução dos fins institucionais da cooperativa.

Com esse singelo exemplo, demonstramos o equívoco em que se laborou o legislador pátrio, tolhendo do ato cooperativo parte de sua principal característica que é estabelecer critérios diferenciados para esses atos, inclusive na área tributária, como constitucionalmente previsto no art. 146, III, c, da CF, devido a sua importância social e sua inegável vocação para distribuição mais igualitária da renda, necessidade premente em nosso país, tão cheio de contrastes sociais.

4. Diferenciações entre os diversos tipos de atos jurídicos

4.1. Ato cooperativo e ato jurídico (esfera do Direito Civil)

Como já demonstrado anteriormente, o ato cooperativo é uma espécie do gênero ato jurídico. Vimos também que os atos cooperativos possuem duas características essenciais, quais sejam, que os atos praticados estejam expressos no estatuto da cooperativa e que tenham sido realizados com o objetivo de fazer cumprir o fim desta.

Podemos assim perceber que a diferenciação em questão é de natureza subjetiva,

pois, sendo a cooperativa uma pessoa jurídica, a quase totalidade dos atos que pratica pertence à seara dos negócios jurídicos, por tratar-se sempre da vontade de seus associados, sendo uma espécie de mandatária desses. Entretanto, pode ela excepcionalmente praticar atos que não estejam inseridos na categoria dos negócios jurídicos, mas que não deixam de ser, por esse motivo, atos jurídicos, pois geram efeitos.

Estando diante de um ramo novo do direito, é normal nos depararmos, como nos deparamos agora, com situações novas, que à primeira vista geram mesmo surpresa até ao mais atento jurista. Considerando o conceito e requisitos doutrinários para o ato cooperativo, dentro da sistemática dos atos do direito, tem-se que a presente figura jurídica possui características singulares das categorias afins até agora estudadas, mesclando elementos característicos de diversas espécies de atos jurídicos.

Dessa forma, não vemos maiores dificuldades em considerar a defesa dos direitos da cooperativa, e, portanto, dos próprios cooperados, como um ato cooperativo. Assim, qualquer ato, desde que lícito e que cumpra os requisitos estabelecidos, pode ser considerado como ato cooperativo, residindo a diferença nos requisitos formais e no objeto da execução do ato analisado.

4.2. Ato Cooperativo e ato de comércio

Grande semelhança existe entre essas duas espécies de atos jurídicos. Em primeiro lugar, essas duas espécies pertencem à mesma subdivisão na dicotomia do direito entre público e privado. Outro ponto comum é o fato de ambos serem oriundos de uma mesma matriz, ou seja, o ato civil em seu sentido estrito, de forma que buscam provar a sua autonomia diante do direito civil, como elemento formador de um ramo autônomo do direito privado.

As teorias do ato de comércio também são muito semelhantes à idéia dos atos cooperativos no tocante à sua metodologia. Também não é possível a elaboração de um

conceito científico unitário para os atos cooperativos, sendo necessário que esse conceito seja baseado no direito positivo e desenvolvido pela doutrina após a enunciação da premissa legal.

Contudo, essas semelhanças não fazem perder de vista as diferenças entre essas duas espécies de ato jurídico. De acordo com a teoria mais aceita para o ato de comércio, como ensina Rubens Requião (1986, p. 37), são dois os elementos essenciais para a sua configuração. Portanto, qualquer ato jurídico que possuir como objeto a mediação (interposição na troca) e especulação (lucro) será um ato de comércio.

Já o ato cooperativo está em um estágio bem menos avançado que o ato de comércio. Devido a sua própria juventude, ainda não houve um estudo profundo a respeito do ato cooperativo, preferindo a maioria da doutrina adequar-se ao conceito fornecido pela lei. Entretanto, acreditamos que, independentemente da conceituação legal, que restringe a configuração do ato cooperativo somente às relações entre as cooperativas e seus associados, são elementos essenciais ao ato estudado não as pessoas da relação, mas a existência de previsão em Estatuto da Cooperativa do ato praticado e que este seja realizado com o objetivo de fomentar sua função social.

4.3. Ato cooperativo e ato administrativo

Também aqui podemos encontrar semelhanças entre o ato cooperativo e o ato administrativo. Ambos possuem vários critérios para a sua configuração e nesses requisitos existe um que pertence a ambos os institutos, que é a finalidade para a qual o ato foi criado.

Para a conceituação do ato administrativo, de acordo com Di Pietro (1998, p. 159), para que se configure o ato administrativo ainda é preciso elencar os seus elementos essenciais, sem os quais o ato praticado não será considerado ato administrativo. São elementos do ato administrativo a competência, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade.

Como podemos perceber, também os atos cooperativos possuem uma caracterização erigida com base no critério da finalidade do ato. Se tal ato estiver expresso no Estatuto aprovado pela Cooperativa e esteja sendo feito para a consecução dos fins sociais da mesma, esse ato será cooperativo. A finalidade do ato, como percebe-se, é fundamental para a caracterização do ato cooperativo.

5. Limitações do ato cooperativo

É preciso ainda estabelecer alguns limites para o ato cooperativo, pois a doutrina é ainda vacilante nesse ponto, ora tornando por demais amplo o conceito, ora inutilizando-o ou descaracterizando-o completamente por ter restringido por demais o conceito.

Para alguns autores, a própria constituição da cooperativa já se perfaz por um ato cooperativo. Pastorino advoga tal opinião enquadrando dessa forma em seu conceito todos os atos praticados pela cooperativa, desde sua instituição até a sua extinção inclusive, como negócios jurídicos da modalidade ato cooperativo (Cf. BECHO, 1997, p. 116).

Contudo, essa idéia não resiste a uma análise mais profunda nem mesmo do conceito legal existente, quicá do modelo construído pela doutrina. Os textos legais visam disciplinar as operações realizadas pelas cooperativas, bem como o adimplemento de sua razão de existir, e não a consecução dos atos de constituição e organização das mesmas.

Outro ponto tormentoso na definição dos limites à caracterização dos atos cooperativos está na possibilidade da unilateralidade dos atos cooperativos, ou seja, a utilização de disposições legais pertencentes a ramos autônomos do direito para cada uma das partes envolvidas na relação.

Comparando as legislações brasileira e argentina, podemos inferir que a primeira aceita a unilateralidade do ato cooperativo enquanto a segunda impõe a bilateralidade. Tal ocorre porque a lei portenha admite que

os atos praticados pela cooperativa com terceiros não associados podem ser considerados atos cooperativos, mas somente para ela. Para o terceiro, este continuará a ser uma outra espécie de ato qualquer, sujeito a outra normatização e vinculado a outro ramo jurídico. Já a lei pátria somente considera ato cooperativo aquele praticado entre a cooperativa e seus associados, e mesmo assim para a execução de seus fins sociais.

Consideramos totalmente inviável a solução apresentada pela lei argentina, por não conseguir compreender como um mesmo ato pode ser cooperativo para uma das partes e não ser para a outra. Se tal ocorresse, o Direito Cooperativo não seria um ramo autônomo do direito, mas um galho totalmente vinculado a um outro ramo qualquer. Como se já não bastasse tal crítica, outra muito mais séria se avizinha, qual seja, a insegurança jurídica. Qual o ordenamento se aplicaria? O cooperativo ou um outro? Tal incerteza não pode reinar nas relações vinculadas ao direito. Até mesmo porque, considerando ser o ato cooperativo um ato específico do direito cooperativo, ele atrai para si todas as relações em que forem praticadas de acordo com os requisitos que caracterizam o ato cooperativo.

Todavia, como toda nova sistematização, tal idéia encontra críticas por todos os lados, talvez por não entenderem o caráter eminentemente social e participativo da cooperativa, que atualmente tem demonstrado ser viável na distribuição da renda e diminuição das desigualdades sociais. Tanto é assim que Becho argumenta:

“não deve ser vetado às cooperativas a possibilidade de estabelecer negócios jurídicos com terceiros, mantendo o cumprimento dos fins sociais como limite, já quanto aos negócios realizados com não associados para permitir o cumprimento dos objetivos sociais, como contratos de fornecimento, aluguéis, aplicações financeiras, etc., estes não devem ser reconhecidos como atos cooperativos” (1997, p. 123).

Como podemos facilmente perceber, o autor fica atrelado à interpretação literal do ordenamento brasileiro, não se preocupando em aprofundar-se na problemática do alcance social do ato cooperativo. Se assim fosse, a cooperativa não estaria recebendo o tratamento diferenciado garantido pela CF/88 e seria sujeita às mesmas disposições de outros ramos do direito, jogando por terra qualquer defesa da autonomia do Direito Cooperativo.

6. Conclusão

Nessa ordem de considerações, o presente estudo buscou demonstrar a caracterização jurídica do ato cooperativo, procurando de forma direta e clara colocá-lo como um ramo especial do direito, com formatação única e diferente forma de sistematização na seara jurídica.

Assim sendo, procuramos justificar e demonstrar ser o ato cooperativo diferente de qualquer outro já estudado mais profundamente pela doutrina, como o ato de comércio, o ato administrativo ou o ato jurídico (ato civil *stricto sensu*), apesar de possuir semelhanças com todos eles. Também sua forma de caracterização é única, com requisitos diferentes dos atos anteriores, possuindo um critério objetivo e outro subjetivo, sendo estes a previsão expressa do ato a ser praticado no Estatuto Social da Cooperativa e a realização do ato com o fim precípua de realizar sua função social respectivamente.

Entendemos por isso que, diferentemente do conceito normativo para o ato coope-

rativo, o mesmo não está vinculado aos atos praticados entre a cooperativa e seus associados, mas com qualquer terceiro, desde que satisfaça as condições acima mencionadas.

Não deve a doutrina se satisfazer com uma elaboração meramente legislativa de um instituto jurídico, mas deve dissecá-lo e desenvolvê-lo para satisfazer a função do instrumento estudado, não permitindo que as imperfeições do conceito legal acabem por lesar e impedir que este realize a sua função.

Nota

* Lei 5.764/71, publicada no DOU de 11 out. 1971.

Bibliografia

BECHO, Renato Lopes. *Tributação das cooperativas*. São Paulo: Dialética, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. V.1.

_____. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed., anotada, ver. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. V.1.

Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro

Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso

Sumário

I – Introdução. II – Questões constitucionais. 1. Competência para apreciar pedidos de extradição. 2. Não-extradição de nacionais. 3. Impossibilidade de extradição por crime político: a. Histórico e direito comparado; b. Quadro normativo; c. Doutrina e jurisprudência; d. A extradição política disfarçada. 4. Impossibilidade de extradição por crime de opinião. 5. Impossibilidade de extradição nos casos de sério risco de vida no país requerente. III – Questões legais. 1. Aspectos formais: a. O pedido; b. Defeito de forma do pedido. 2. Aspectos materiais: a. Impossibilidade de extradição de brasileiros e por crimes políticos; b. O princípio da dupla tipicidade; c. Prescrição; d. Julgamento no exterior por juízo ou tribunal de exceção; e. Existência no Brasil de processo contra o extraditando; f. O princípio da especialidade; g. Proibição da extradição para cumprir pena corporal ou de morte. A questão da possibilidade da extradição para cumprir pena de prisão perpétua. IV – Conclusões.

I – INTRODUÇÃO

Carmen Tiburcio é Professora Adjunta de Direito Internacional Privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Universidade de Virginia, EUA, e Consultora jurídica no Rio de Janeiro.

Luís Roberto Barroso é Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade de Yale e Procurador do Estado e advogado no Rio de Janeiro.

Instrumento de cooperação judiciária entre os Estados em matéria penal, a extradição consiste na entrega de um indivíduo, que está no território do Estado solicitado, para responder a processo penal ou cumprir pena no Estado solicitante.

Pressuposto do pedido de extradição é a existência de um tratado, geralmente bilateral¹, ou, na sua ausência, uma promessa de reciprocidade feita pelo Estado requerente,

pela qual este promete acolher, no futuro, pedidos de extradição enviados pelo Estado requerido.

No plano interno, o tema é tratado na Constituição Federal (art. 102, I, g; art. 22, XV; e art. 5º, LI e LII), na Lei nº 6.815, de 18.8.80 (arts. 76 a 94), também conhecida como Estatuto do Estrangeiro, e no Regimento Interno do STF (arts. 207 a 214).

O presente trabalho não pretende exaurir o tema abordado, mas, como o título denota, tratar de algumas questões sobre o instituto da extradição no direito brasileiro atual.

II – QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

1. Competência para apreciar pedidos de extradição

Determina o art. 102 da Constituição Federal:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

...

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro”

Estabelece também a Lei nº 6.815/80 que:

“Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão”.

Esses dispositivos devem ser combinados com a regra constitucional que determina:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

...

VII – manter relações com Estados estrangeiros”.

Assim, como cabe ao Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros, o exame do Supremo Tribunal Fed-

eral circunscreve-se à legalidade do pedido, sem que isso implique necessariamente a efetiva concessão da medida, que é da competência exclusiva do Chefe do Executivo Federal.

Portanto, o pedido formulado ao Brasil pelo governo estrangeiro é encaminhado ao Supremo Tribunal, que examina a sua legalidade. Uma vez autorizada a extradição, compete ao Executivo decidir sobre a sua conveniência. Portanto, é possível que o Supremo autorize a extradição e esta não venha a ser efetivada, por não ser conveniente ao Executivo². Contrariamente, seria impossível a extradição se o Supremo Tribunal indeferisse o pedido e o Executivo ainda assim quisesse efetivá-la (MELLO, 1978, p. 60). Nesse caso, estaríamos diante de uma violação a um dispositivo constitucional que determina que compete ao Supremo Tribunal o julgamento da extradição de Estado estrangeiro. Observe-se, entretanto, que, em havendo tratado de extradição entre o Brasil e o Estado requerente, fica o Presidente da República obrigado a conceder a extradição, uma vez autorizada pelo Supremo, sob pena de violar obrigação assumida perante o direito internacional (REZEK, 1991, p. 202).

Observe-se ainda que, como o julgamento do Supremo Tribunal Federal é exigido pelo texto constitucional, mesmo que o extraditando concorde com o pedido formulado e deseje submeter-se à jurisdição do Estado requerente, ainda assim deve a legalidade do pedido ser apreciada pela Corte:

“(…) O controle jurisdicional, pelo Excelso Pretório, do pedido de extradição deduzido por Estado estrangeiro, traduz indeclinável exigência de ordem constitucional e poderosa garantia – de que nem mesmo o extraditando pode dispor – contra ações eventualmente arbitrárias do próprio Estado”³.

É bem de ver, ainda, que o exame judicial circunscreve-se às questões enunciadas nas normas constitucionais e na legislação or-

dinária, sem adentrar aspectos relativos ao mérito do processo que tramita no exterior. Esse entendimento encontra-se consolidado na jurisprudência, como se vê das transcrições abaixo:

“Inadmissibilidade da pretensão de trazer a prova documental produzida no Estado requerente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal como se fora este, não apenas o Juízo da legalidade da extradição, como de fato é, mas o próprio julgador da ação penal a que responde o paciente.(...)”⁴.

Na mesma linha:

“(...) 3. Não compete à Justiça brasileira, no processo de extradição, decidir sobre o acerto ou desacerto da Justiça portuguesa, na interpretação e aplicação de sua legislação.

4. Ao se pronunciar sobre o pedido de extradição, não cabe ao STF examinar o mérito da condenação ou emitir juízo a respeito de vícios que porventura tenham maculado o processo no estado requerente.(...)”⁵.

2. Não-extradição de nacionais

A extradição é um tema tradicionalmente merecedor da atenção específica do constituinte brasileiro. Prevê o texto constitucional em vigor, em seu art. 5º, LI, que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

A proibição de extraditar nacionais não está presente nem na Constituição Imperial, nem na Carta republicana de 1891, surgindo somente na história constitucional brasileira a partir de 1934⁶, permanecendo nos textos posteriores.

Mantendo a proibição de extraditar nacionais, a Constituição Federal de 1988 inova ao admitir a extradição de naturalizados em duas situações: (1) *em caso de crimes prati-*

cados antes da naturalização ou(2) *em hipóteses de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*, encerrando assim um debate doutrinário acerca da possível inconstitucionalidade da regra, prevista na legislação ordinária⁷, que admitia a extradição de brasileiros naturalizados por crimes cometidos antes da naturalização. Parte da doutrina entendia que, como o texto constitucional equiparava os brasileiros naturalizados aos natos, não poderia a legislação ordinária tratar aqueles diferentemente, admitindo a sua extradição nesses casos específicos (SOUZA, 1998, p. 126-130).

A esse argumento costumava-se contrapor o fato de que, a rigor, não teria havido válida aquisição da nacionalidade brasileira (TIBURCIO, p. 9), à vista dos requisitos legais impostos à concessão da naturalização: (1) *bom procedimento*; (2) *inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no Exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a um ano*⁸. A questão ficou superada com a nova Carta, havendo a Suprema Corte decidido não ser necessário anular previamente a naturalização para conceder-se a extradição⁹.

A outra novidade prevista no texto constitucional foi a possibilidade de extradição de brasileiros naturalizados por envolvimento em tráfico de drogas. Diversamente da primeira ressalva, essa hipótese tinha mesmo de constar da Constituição para ser legítima: diante da equiparação entre brasileiros natos e naturalizados, prevista em sede constitucional, qualquer tratamento distinto estabelecido na legislação ordinária seria necessariamente considerado discriminação, violando assim a Carta Política.

Em seu denso estudo sobre extradição, assinalou Artur Gueiros a propósito da previsão constitucional:

“Nesse prisma, pode-se sustentar que, se de um lado a inovação em causa é digna de críticas, na medida em que discrimina, *in pejus*, o brasileiro naturalizado – em detrimento de uma

tradicional política de proteção à nacionalidade adquirida –, por outro não se pode deixar de reconhecer que, ante o elevado índice de extraditados envolvidos no tráfico de drogas, alguma ação necessitava ser tomada ao nível do direito positivo, constitucional ou não”¹⁰ (p. 133).

Cabe observar que o Supremo Tribunal Federal deu alcance restritivo ao dispositivo ao interpretar os requisitos a serem exigidos para conceder-se a extradição: *comprovado envolvimento no tráfico ilícito de entorpecentes e na forma da lei*, como previstos no texto constitucional. Liderado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o entendimento dominante da Corte é no sentido de só permitir a extradição na hipótese de (a) ser promulgada lei regulando a matéria e (b) tratar-se de extradição executória. Foi o que se decidiu no primeiro pedido de extradição formulado após a promulgação da Constituição:

“(…) II – Extradição do brasileiro naturalizado anteriormente ao crime, no caso de ‘comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, na forma da lei’ (CF, art. 5º, LI, parte final): pressupostos não satisfeitos de eficácia e aplicabilidade da regra constitucional.

1. Ao princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro, incluído o naturalizado, a Constituição admitiu, no art. 5º, LI, duas exceções: a primeira, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, se a naturalização é posterior ao crime comum pelo qual procurado; a segunda, no caso de naturalização anterior ao fato, se se cuida de tráfico de entorpecentes: aí, porém, admitida, não como a de qualquer estrangeiro, mas, sim, ‘na forma da lei’, e por ‘comprovado envolvimento’ no crime: a essas exigências de caráter excepcional não basta a concorrência dos requisitos formais de toda extradição, quais sejam, a dúplice incrimi-

nação do ato imputado e o juízo estrangeiro sobre a seriedade da suspeita.

2. No ‘sistema belga’, a que se filia o da lei brasileira, os limites estreitos do processo extraditacional traduzem disciplina adequada somente ao controle limitado do pedido de extradição, no qual se tomam como assentes os fatos, tal como resultem das peças produzidas pelo Estado requerente; para a extradição do brasileiro naturalizado antes do fato, porém, que só a autoriza no caso de seu ‘comprovado envolvimento’ no tráfico de drogas, a Constituição impõe à lei ordinária a criação de um procedimento específico, que comporte a cognição mais ampla da acusação, na medida necessária à aferição da concorrência do pressuposto de mérito, a que excepcionalmente subordinou a procedência do pedido extraditório: por isso, a norma final do art. 5º, LI, da CF, não é regra de eficácia plena, nem de aplicabilidade imediata (...)”¹¹.

3. *Impossibilidade de extradição por crime político*

Dispõe ainda a Constituição em vigor, em seu artigo 5º, LII, que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Trata-se da reprodução de regra que já constava das Cartas de 1967-69 (art. 150, § 19, e art. 153, § 19), 1946 (art. 141, § 33) e 1934 (art. 113, nº 31).

a. Histórico e direito comparado

Em seus primórdios, o instituto da extradição visava somente à entrega de pessoas que houvessem cometido crimes contra os soberanos, tanto porque havia considerável uniformidade ideológica – e assim o crime contra um monarca era uma ameaça potencial aos demais –, como também porque criminosos comuns não eram considerados um “perigo público” (WIJNGAET, 1980, p. 5).

Após a Reforma Protestante, a Revolução Industrial e as revoluções burguesas, o quadro histórico alterou-se substancialmente na Europa, tendo em vista, por um lado, o fim da hegemonia ideológica e a convivência com um certo pluralismo político e religioso, e, por outro, o grande aumento da mobilidade individual proporcionado pelas novas máquinas, que permitia que pessoas acusadas de crimes comuns passassem a se locomover para além das fronteiras do Estado nacional, surgindo a necessidade de adotar a extradição para os crimes de homicídio, estupro e roubo (PHILIPS, 1997, p. 339). Esse conjunto de fatores acabou por desencadear um movimento inverso, passando-se a admitir a extradição somente para aqueles acusados de crimes comuns, sendo os acusados de crimes políticos excluídos desse instituto.

A França e a Bélgica foram os países precursores dessa nova tendência excludente já no início do século XIX (LABAYLE, 1996, p. 894) até que em 1890, com a eclosão do movimento anarquista, que visava destruir todas as formas de governo, surgem dúvidas acerca da extensão dessa regra.

A exceção do crime político é justificada por vários fundamentos, o que acaba tornando a questão mais complexa. O primeiro baseia-se no conceito de que os Estados não devem se imiscuir nas atividades internas dos demais, e a extradição de criminosos políticos significaria um *parti pris* do Estado concedente em face do Estado requerente. Pondera-se ainda que, embora o crime político seja contrário à moral, este se justificaria pelas circunstâncias do momento. Além disso, vale lembrar que o acusado de crime político tem mais chances do que o criminoso comum de ser submetido a julgamentos injustos ou a outras violações de direitos fundamentais básicos (SWART, 1992, p. 182-183). Outras considerações podem justificar essa regra: (1) os delitos políticos são considerados crimes para o vencido, mas não para o vencedor; (2) a sua punição, no lugar em que são praticados, depen-

de mais do êxito ou do fracasso da causa que os impulsiona; (3) o país estrangeiro, que deve permanecer neutro, não deve (e nem pode) ser instrumento penal de uma das partes em disputa (Apud CAHALI, 1993, p. 343).

Assim, a grande dificuldade passou a residir na definição de crime político, sem que jamais se questionasse a existência da regra em si: a não-extradição de acusados de crimes políticos. Com efeito, o grande internacionalista Hersch Lauterpacht já registrou: “*in the legislation of modern states there are few principles so universally adopted as that of non-extradition of political offenders*”¹². O problema da definição de crime político foi enfatizado por Oppenheim, que considerava tal tarefa impossível; por Glaser, que via a questão como “*une des tâches les plus difficiles du droit extraditionnel*”; e por R. Koehring-Joulin, que a ela se referiu como “*définition introuvable*” (Apud ERRERA, 1995, p. 283).

Na busca de tal definição, a doutrina e a prática dos Estados passaram a distinguir entre os crimes políticos puros e os complexos. Os primeiros têm por sujeito passivo o Estado, não afetando os civis. São os casos, v.g., dos crimes de traição, conspiração para derrubar um governo e espionagem (PHILIPS, 1997, p. 342) – hipóteses que, inequivocamente, impedem a extradição.

O problema surge nos crimes políticos complexos ou relativos, quando há, num mesmo fato, uma mistura de elementos de crimes tanto políticos quanto comuns. Os países adotam critérios diversos para admitir ou não a extradição nesses casos. Os Estados Unidos e a Inglaterra tendem a adotar o critério da existência de um momento político conturbado para a definição de crime político – “*(...) if those crimes were incidental to and formed a part of political disturbances*”; a Suíça adota o critério do motivo determinante do acusado, que deve ter fundamento político conjugado com o critério da finalidade; e a França adota o critério da motivação, conjugado com a gravidade do crime cometido¹³.

b. Quadro normativo

A proibição de extraditar em virtude da prática de crime político é também reproduzida em nível infraconstitucional, no art. 77, VII, da Lei nº 6.815/80, que estabelece:

“Art. 77. Não se concederá a extradição quando (...)

VII – o fato constituir crime político;

§ 1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social”.

Essa mesma regra é adotada pela Convenção Européia de 1957 sobre extradição, em seu art. 3.1.

Na XI Conferência Interamericana, a Comissão Jurídica Interamericana (órgão da OEA, sediado no Rio de Janeiro) concluiu pela adoção dos seguintes critérios para a definição de crime político:

“1. São delitos políticos as infrações contra a organização e funcionamento do Estado.

2. São delitos políticos as infrações conexas com os mesmos. Existe conexão quando a infração se verificar: (1) para executar ou favorecer o atentado configurado no número 1; (2) para obter a impunidade pelos delitos políticos.

3. Não são delitos políticos os crimes de barbárie ou vandalismo e em geral

todas as infrações que *excedam* os limites lícitos do ataque e da defesa.

4. Não é delito político o genocídio, de acordo com a Convenção das Nações Unidas”.

A Convenção Modelo da ONU sobre Extradicação prevê, em seu artigo 3º, que a extradição não será concedida se o delito que motivou o pedido extradicional for qualificado no Estado requerido como de natureza política¹⁴.

Ademais, a qualificação da natureza do crime como político cabe ao Estado requerido. Nesse sentido é a regra prevista na Lei nº 6.815/80, art. 77:

“§ 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração”.

Também assim determina o Código Bustamante:

“Art. 355. Estão excluídos da extradição os delitos políticos e os com eles relacionados, segundo a definição do Estado requerido”.

c. Doutrina e jurisprudência

Autores nacionais têm convergido para a idéia de que é mais fácil definir o que não é crime político do que o contrário. Nesse sentido, Celso Albuquerque Mello (1978, p. 53):

“Atualmente tem predominado a aplicação de um critério misto para a verificação da natureza política ou não de um crime. Contudo, somos da opinião que não há qualquer vantagem e que existe uma impossibilidade de se definir crime político. É mais fácil de definir o que não é crime político”.

Nessa linha de abordagem negativa, Heleno Cláudio Fragoso escreveu que não devem ser considerados crimes políticos “os que atingem interesses administrativos do Estado, que são crimes comuns” (1976, p. 148).

Tem prevalecido, em toda parte, o critério do *exame das circunstâncias de cada caso concreto* para concluir se o crime é ou não político, sem a adoção de uma definição pré-

via. Sobre o assunto, escreveu Viscount Radcliffe, a propósito do tratamento da matéria no Reino Unido:

“O que é um delito de natureza política? Os tribunais, eu presumo, têm formulado esta questão periodicamente desde que ela foi inicialmente posta em 1890 no caso *In re Castioni*, e, até agora, nenhuma definição foi elaborada ou está prestes a ser. Aliás, tem-se considerado uma vantagem o fato de não haver uma definição. Inclino-me para concordar com que isto seja uma vantagem desde que se reconheça que o significado das palavras ‘crime político’, mesmo que não compreenda uma definição precisa, representa entretanto uma idéia que pode e deve ser descrita se vier a integrar o fundamento de uma decisão judicial”¹⁵.

Na jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal, confirmando o sentido do mandamento constitucional, já assentou que a vedação da extradição na hipótese de crime político configura uma inafastável garantia individual, um direito público subjetivo, em decisão na qual se lavrou:

“A inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inquestionável. Há, no preceito normativo que consagra esse *favor constitutionis*, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do Estado brasileiro (...)”¹⁶.

Mas, no tocante à caracterização do crime político, não se afastou da inevitabilidade do exame das circunstâncias concretas, resumida na ementa abaixo:

“Crime Político. (...)”

Exame caso por caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Descaracterização de delito político, na hipótese em julgamento (...)”¹⁷.

Inúmeros votos e decisões traduzem o esforço nesse sentido, neles sobressaindo a verificação da presença dos elementos motivação e finalidade. Enfrentando o tema, averbou o Ministro Aldir Passarinho:

“(...) O crime será político ou não pela motivação do agente e os fins a que visa. O crime é político ou não pelas características que o envolvem. Ele é, ou não é, substancialmente (...)”¹⁸.

Em outro caso, o Ministro Djaci Falcão enfatizou a idéia da finalidade, nos seguintes termos:

“(...) Nada nestes autos, por outro lado, demonstra ou sequer insinua na personalidade do extraditando o substrato psíquico dos delinquentes políticos, senão o puro intuito comercial do lucro (...)”¹⁹.

Na mesma linha de determinação da finalidade como elemento fundamental para a identificação do crime político, pronunciou-se o Ministro Célio Borja, *in verbis*:

“(...) Em nenhum momento, entretanto, alegou, sequer, que os teria praticado com vistas à consecução de um fim político. Se verdadeiras as imputações, o extraditando teria causado a morte e torturado prisioneiros confiados à sua guarda, quando no exercício de funções públicas de relevo, em seu país. Tal conduta é punível pelo direito penal comum, não se constituindo em crime político, mas em abuso de autoridade, conduta arbitrária, ou em agravante da pena cominada (...)”²⁰.

No recente julgamento do pedido formulado pelo Paraguai de extradição de Gustavo Stroessner, filho do ex-presidente Alfredo Stroessner, o Ministro Relator Celso de Mello parece ter concordado com o parecer da Procuradoria-Geral da República, quando, ao negar a natureza política dos crimes imputados ao extraditando, enfatiza que o extraditando “inclusive parece não ter exercido qualquer cargo de natureza político-administrativa”²¹.

O exame dos precedentes, brevemente exemplificados acima, permite incluir, entre os elementos relevantes para caracterizar a ocorrência de crime político, a motivação do agente, os fins visados e a circunstância de ter exercido cargo ou função político-administrativos.

Aqui é importante fazer uma nota. O critério da preponderância, considerado arbitrário por alguns (CAHALI, 1983, p. 349), compõe a definição de crime político, já que a legislação ordinária a ele se refere no art. 77, § 1º, da Lei nº 6.815/80, *in verbis*:

“A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal”.

Entretanto, a norma constitucional, que veda a extradição com base em crime político, não prevê qualquer ressalva ou limitação. Desse modo, havendo crime político, este sempre haverá de preponderar sobre o comum, para os fins de evitar a extradição, não podendo a lei ordinária impor restrições à garantia constitucional, sob pena de violar a Carta Magna.

Nesse sentido é a lição de Pontes de Miranda:

“Para o direito brasileiro, nenhuma das limitações que se conhecem ao princípio da inextraditabilidade, em casos de crime político ou de opinião, pode ser admitida. Seria contrária à Constituição de 1967, art. 153, § 19, como o seria a que permitisse a extradição do autor de crime político se é ‘particularmente odioso’, ou ‘crime contra a pessoa do Chefe de Estado’, ou ‘crime comum com maior gravidade do que o crime político’” (1974, p. 281).

José Afonso da Silva perfilha esse mesmo entendimento:

“(…) É portanto, inconstitucional o § 1º do art. 77 da Lei 6.815/80 ao declarar que o fato político não impe-

dirá a extradição quando constituir, principalmente, infração da lei penal comum, conexo ao delito político, constituir fato principal. Ora, o fato principal, para a tutela constitucional, é sempre o crime político. Este é que imuniza o estrangeiro da extradição. Logo, onde ele se caracterize, onde ele exista, predomina sob qualquer outra circunstância, e, portanto, não cabe a medida, pouco importando haja ou não delito comum envolvido, que fica submerso naquele” (1997, p. 327).

O ilustre constitucionalista completa ainda: “O Supremo saberá atuar com prudência e visão do sentido da garantia constitucional, de sorte que, em havendo dúvida quanto à natureza política do delito, se decida por esta” (Idem).

De fato, ao julgar o pedido de extradição de Fernando Carlos Falco, apresentado pela República Argentina, devido à invasão do quartel de La Tablada, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o fato político principal contamina os delitos conexos comuns:

“Ditos fatos, por outro lado, ainda quando considerados crimes diversos, estariam contaminados pela natureza política do fato principal conexo, a rebelião armada, à qual se vincularam indissolavelmente, de modo a constituírem delitos políticos relativos (...)”²².

Assim, no caso supracitado, como os crimes foram cometidos durante uma rebelião armada, tais atos, mesmo sendo considerados como crimes comuns, foram absorvidos pelo crime político a que estavam vinculados.

Cabe, ainda, uma observação final acerca da regra inscrita no § 3º do artigo 77 da Lei nº 6.815/80, na qual se prevê:

“O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pes-

soa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social”.

Quanto à possibilidade de deixar de considerá-los crimes políticos, como já visto acima, existe a fundada alegação de que não caberia à legislação ordinária estabelecer limitações a um direito subjetivo público, previsto em sede constitucional, que é o da não-extradição com base em crime político. Além disso, tem sido impugnado o tratamento diferenciado dado ao atentado dirigido a determinadas autoridades públicas e o que se volte para outras pessoas, quando a motivação política esteja presente em uma e em outra hipótese. Sobre o ponto, escreveu Gil-da Russomano:

“Além disso, muitos crimes de direito comum, por se encontrarem ligados, intimamente, a acontecimentos políticos (como uma insurreição), são excluídos, pela sua natureza, da medida extradicional. Por que, então, julgar, diferentemente, o assassinio de um chefe de Estado resultante, também, de paixões políticas?” (1981, p. 95).

Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento Silva também se pronunciaram contra a regra do § 3º, art. 77, da Lei nº 6.815/80, pelos fundamentos a seguir reproduzidos:

“Muitos autores, entretanto, condenam – não sem razão – a aludida cláusula de exceção, a qual se tornou conhecida como ‘cláusula do atentado’ ou ‘cláusula belga’. Entre os que a criticam, uns dizem não ser justo entregar-se o assassino de um chefe de Estado e não proceder de igual forma nos casos de assassinios de pessoas menos importantes; outros sustentam ser inadmissível que a natureza de um ato e as regras que, em virtude de tal natureza, lhe devem ser aplicadas sejam determinadas *a priori*, fazendo-se abstração das circunstâncias do caso ou não as levando em conta” (1996, p. 354-355).

Ressalve-se, entretanto, que esse dispositivo veicula mera faculdade, já que é em caráter excepcional que se admite que o Supremo Tribunal não considere tais crimes como políticos, apesar de o serem. Assim, independentemente da discussão acerca de sua constitucionalidade ou não, a Corte pode deixar de aplicá-la.

d. A extradição política disfarçada

Exatamente porque todas as convenções internacionais e a legislação interna dos Estados em geral proíbem a extradição com base em crimes políticos, tendo essa regra se tornado de aceitação universal (RUSSOMANO, p. 85), muitas vezes o Estado requerente solicita a extradição com base em delitos puníveis pelo direito comum, embora de fato exista uma situação de perseguição política. Essa tese foi desenvolvida no Brasil pelo então advogado e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal José Paulo Sepúlveda Pertence em minucioso trabalho apresentado na VIII Conferência Nacional da OAB em 1980, quando sustentou:

“(…) Uma das formas mais odiosas de perseguição política é a que se esconde, particularmente nos períodos pós-revolucionários, sob a aparência legal dos processos forjados a propósito de delitos comuns, gerando, na esfera internacional, a preocupação com a chamada extradição política disfarçada (*‘extradition politique déguisée’*).

(…) Põe-se, assim, o problema da extradição política disfarçada, quando as circunstâncias demonstrem que a persecução formalmente desencadeada por imputação de delitos comuns dissimula o propósito de perseguir inimigos políticos ou, pelo menos, evidenciem que a posição política do extraditando, na conjuntura real do Estado requerente, influirá desfavoravelmente no seu julgamento” (p. 67).

Mais tarde, no exame de um caso concreto, o Ministro Francisco Rezek adotou essa tese em seu voto, ao afirmar, *in verbis*:

“(…) Não posso perder de vista que, neste caso, é duvidoso que a extradição vise tão-somente ao exercício da justiça penal no seu aspecto ordinário. A boa fé do governo requerente não obscurece o fato, mais ou menos notório, de que o processo penal contra antigos líderes montoneros pretende neutralizar certo incômodo político que se produz em setores outros do próprio quadro político argentino, e que estimam tendencioso o intento persecutório do regime hoje ali estabelecido.

Acompanho o voto do eminente relator, indeferindo o pedido de extradição”²³.

A Convenção de Genebra de 1951, que versa sobre o estatuto dos refugiados, já tratava, em seu artigo 33, da proibição de expulsão ou de “*refoulement*” do refugiado – seja de que forma isso ocorra – para um país no qual a sua vida ou liberdade seja ameaçada em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, participação em certo grupo social ou suas opiniões políticas.

Ao estabelecer, em seu art. 3º, a regra geral de proibição da extradição por delitos políticos, a Convenção Européia de 1957 já incluía nessa vedação a extradição política disfarçada, caso o Estado requerido tivesse razões sérias para acreditar que o pedido de extradição por uma infração de direito comum fora motivado pela finalidade de punir um indivíduo em razão de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou se a situação desse indivíduo pudesse vir a ser agravada em função de qualquer uma dessas razões²⁴. A recente Lei Modelo sobre Extradição da ONU, em seu art. 3º, adota essa mesma regra²⁵.

A Convenção sobre o Genocídio de 1948 e a Convenção Européia de 1977 sobre a Supressão do Terrorismo, que adotam a regra geral de que os crimes previstos em cada uma delas não devem ser considerados como políticos para os fins de evitar a extradição, estabelecem, entretanto, a ressalva de

que tal medida não deve ser concedida se o Estado requerido tem razões para acreditar que o pedido de extradição foi formulado com o propósito de perseguição ou punição com base em raça, religião, nacionalidade, ou opiniões políticas ou que a posição do acusado será prejudicada por um desses fatores (GILMORE, 1992, p. 703).

O direito brasileiro absorveu essa regra com o Código Bustamante, que prevê:

“Art. 356. A extradição também não será concedida se a petição de entrega foi formulada, de fato, com o fim de se julgar ou castigar o acusado por um delito de caráter político”.

A origem dessa regra remonta à proibição do “*refoulement*”, considerada como um direito fundamental, independentemente de sua inclusão em tratados e na legislação interna dos Estados²⁶, pelo qual a vítima de perseguição por suas idéias e posições políticas não deve ser enviada de volta para o país que a persegue.

Independentemente dessa construção, o fato é que no Brasil essa regra tem força obrigatória, por estar também prevista no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ratificado pelo Brasil²⁷, cujo art. 23 determina que:

“§ 8º Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou a liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas”.

Lembre-se que, em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, a ordem interna brasileira está obrigada a respeitar os direitos e garantias individuais previstos em tratados de direitos humanos regularmente ratificados. Desse modo, a entrega do extraditando para um

país onde esteja sujeito a perseguições em virtude de suas opiniões políticas violará frontalmente o citado dispositivo.

4. Impossibilidade de extradição por crime de opinião

A Constituição Federal, como já transcrito, veda também a extradição por crime de opinião. Essa garantia decorre do direito de expressar-se livremente, reconhecido a todos desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 11. A liberdade de manifestação do pensamento é um direito fundamental presente em todos os instrumentos de direitos humanos e está assegurada a todos os indivíduos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, art. 19, e no Protocolo de Direitos Civis e Políticos da ONU de 1966, ratificado pelo Brasil, também em seu art. 19. Entre nós, esse direito é garantido expressamente em sede constitucional tanto a brasileiros como a estrangeiros residentes, nos termos dos arts. 5º, IV e IX, e 220.

5. Impossibilidade de extradição nos casos de sério risco de vida no país requerente

O direito à vida é garantido a todos, brasileiros e estrangeiros, com base no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Adicionalmente, e como já mencionado, por força do § 2º desse mesmo dispositivo, “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”. Assim, reforçam esse direito um conjunto de atos internacionais garantidores do direito à vida: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Protocolo de Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil, e, especificamente, o Pacto de São José da Costa Rica de 1969, também já citado, cujo art. 23 determina:

“§ 8º Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas”.

Aliás, a Corte Européia de Direitos Humanos tem utilizado esse argumento para impedir a saída compulsória de estrangeiros, quando tal medida implique um provável risco de vida no país para onde estaria sendo enviado. Tem entendido que, nesses casos, a expulsão/extradição/deportação do estrangeiro viola a regra assecuratória do direito à vida, prevista no art. 3º da Convenção Européia dos Direitos Humanos, aplicável a todos os indivíduos, nacionais e estrangeiros. Nessa linha a decisão do caso *Soering v. UK*, na qual se considerou que o Estado membro infringiu a regra acima mencionada quando decidiu extraditar um indivíduo para um país onde a sua integridade física não estava totalmente assegurada. No mesmo sentido, os casos *Chahal v. UK*, decisão de 15.11.96, e *Ahmed v. Austria*, decidido em 17.12.96²⁸.

III – QUESTÕES LEGAIS

1. Aspectos formais

a. O pedido

O Estatuto do Estrangeiro prevê que o pedido de extradição deve ser enviado ao Brasil por via diplomática ou diretamente pelo governo estrangeiro, o que exclui a possibilidade de pedidos formulados por autoridade judiciária ou administrativa estrangeira. Assim, nos países onde a autoridade judiciária é a competente para solicitar a extradição, o pedido deve ser ratificado pelo governo estrangeiro. Textualmente, prescreve a Lei nº 6.815/80:

“Art. 80. A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta

de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de governo a governo (...).”

Com base em tal princípio, que já vem desde o regime legal anterior na matéria, o Supremo Tribunal Federal já indeferiu pedido de extradição formulado pela autoridade judiciária estrangeira, sem a intervenção do governo²⁹, como se vê do acórdão a seguir:

“Extradição. Pressuposto. Competência.

É pressuposto essencial da extradição que seja ela requerida por governo de país estrangeiro.

Pedido não conhecido, visto que formulado por autoridade judiciária estrangeira”³⁰.

b. Defeito de forma do pedido

O art. 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80 prevê o vício de forma dos documentos apresentados pelo Estado requerente como impedimento à concessão da extradição, nos seguintes termos: “A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição”. E o art. 80 da mesma lei, por sua vez, estabelece:

“Art. 80. A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer diretamente de governo a governo, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterà indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição”.

O Supremo Tribunal Federal tem indeferido inúmeros pedidos de extradição com

base em defeitos de forma dos documentos apresentados pelo Estado requerente, como comprovam as decisões abaixo:

“Extradição. Incompetência quanto aos crimes praticados em Sobibór, na Polônia, já que o extraditando perdeu a nacionalidade austríaca. Mandado de captura, quanto aos fatos ocorridos em Hartheim, que não preenche os requisitos exigidos pela lei brasileira...”³¹.

E, no mesmo sentido:

“Não é de se conceder a extradição se a descrição dos fatos tidos como ilícitos não atende aos requisitos exigidos no art. 80 da Lei 6.815/80”³².

Especificamente, o Supremo Tribunal Federal tem exigido que os fatos motivadores do pedido extradicional sejam narrados com clareza e objetividade:

“É essencial, especialmente nas extradições instrutórias, que a descrição dos fatos motivadores da persecução penal no Estado requerente esteja demonstrada com suficiente clareza e objetividade. Impõe-se deste modo, no plano da demanda extradicional, que seja plena a discriminação dos fatos, os quais, indicados com exatidão e concretude em face dos elementos vários que se subsumem ao tipo penal, poderão viabilizar, por parte do Estado requerido, a análise incontroversa dos aspectos concernentes: (a) à dupla incriminação; (b) à prescrição penal; (c) à gravidade objetiva do delito; (d) à competência jurisdicional do Estado requerente e ao eventual concurso de jurisdição; (e) à natureza do delito e (f) à aplicação do princípio da especialidade.

O descumprimento desse ônus processual, por parte do Estado requerente, justifica e impõe, quer em atenção ao que preceituam as cláusulas do tratado de extradição, quer em obsequio às prescrições de nosso direito positivo interno, o integral e pleno in-

deferimento da extradição passiva.

Pedido indeferido”³³.

E também:

“Os crimes de associação para delinqüir são imputáveis a cada um dos associados, independentemente de sua participação em cada um dos delitos-fim da organização criminosa; mas, para que o deferimento da extradição autorize o processo também por esses últimos, é preciso que a documentação instrutória do pedido precise em relação a cada um deles, a conduta do extraditando”³⁴.

Além disso, na descrição dos fatos imputados ao extraditando, deve ficar clara a sua participação nos mesmos, como igualmente enfatizado pela Corte:

“Essa condenação não contém indicação de fatos concretos de participação do extraditando em atos de terrorismo ou de atentado contra a vida ou a incolumidade física das pessoas. E o texto é omissivo quanto às condutas que justificaram a condenação dos demais agentes, de sorte que não se pode aferir quais foram os fatos globalmente considerados (...)”³⁵.

Quanto a esse aspecto, observou o ex-Ministro Francisco Rezek, em texto doutrinário, que o fato determinante da extradição deverá ser “narrado em todas as suas circunstâncias”, sendo objeto de “minuciosa narrativa”, a cargo do Estado requerente³⁶. E o Supremo Tribunal Federal já exigiu, particularmente em pedido de extradição instrutória, que haja indícios razoáveis sobre a culpabilidade do extraditando, como se depreende da decisão a seguir:

“Pedido de extradição; quando não se acha em termos para ser deferido, segundo o próprio tratado entre o Brasil e o país requerente e o Código de Direito Internacional Privado, a que o Brasil aderiu pelo Decreto nº 18.871, de 1929. Falta de motivação da prisão preventiva decretada contra o extraditando ou cópia de peças que submi-

nistrem, pelo menos, indícios razoáveis de culpabilidade”³⁷.

Mais recentemente, extrai-se de voto do Ministro Celso de Mello a seguinte observação:

“Nem mesmo a comunicação policial em que se baseou contém elementos descritivos suficientes, que permitam definir, de forma a ensejar a verificação do princípio da dupla tipicidade, qual o comportamento ilícito imputado ao extraditando, quando teria ele ocorrido, de que modo teria sido a execução da prática criminosa, em que lugar teria sido consumada (...)”³⁸.

Finalmente, o Código Bustamante, promulgado no Brasil pelo Decreto 18.871/29, estabelece:

“Art. 365. Com o pedido definitivo de extradição devem apresentar-se:

1. Uma sentença condenatória ou um mandado ou auto de captura ou um documento de igual força, ou que obrigue o interessado a comparecer periodicamente ante a jurisdição repressiva, acompanhado das peças do processo que subministrem provas ou, pelo menos, indícios razoáveis da culpabilidade da pessoa de que se trate.

2. A filiação do indivíduo reclamado ou os sinais ou circunstâncias que possam servir para o identificar.

3. A cópia autêntica das disposições que estabeleçam a qualificação legal do fato que motiva o pedido de entrega, definam a participação nele atribuída ao culpado e precisem a pena aplicável”.

A aplicação do Código Bustamante, inclusive para relações jurídicas ligadas a países que não sejam Partes da convenção que o instituiu, defendida entre nós, inicialmente, por Clóvis Beviláqua, é matéria que já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante a decisão ora reproduzida:

“Observou-se, algures, aplicar-se no Brasil o Código Bustamante exclu-

sivamente aos súditos dos países que o adotaram. Não parece apoiado em boa razão e acerto: os tratados, sim, apenas obrigam as partes contratantes; mas um Código, seja qual for a sua origem, é lei do país que o promulgou, rege o direito por ele regulado, qualquer que seja a nacionalidade das pessoas que naquele território o invoquem”³⁹.

Mesmo após a edição da Lei nº 6.815/80, a aplicabilidade do Código Bustamante afigura-se como a melhor linha de entendimento, a despeito da existência de pronunciamento eventual do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso:

“O Código Bustamante – que constitui obra fundamental de codificação do direito internacional privado – não mais prevalece, no plano do direito positivo brasileiro, no ponto em que exige que o pedido extradicional venha instruído com peças do processo penal que comprovem, ainda que mediante indícios razoáveis, a culpabilidade do súdito estrangeiro reclamado (art. 365, I, *in fine*)”⁴⁰.

De fato, consoante jurisprudência consolidada, os tratados plurilaterais situam-se no mesmo plano hierárquico das leis federais⁴¹. Assim, a norma interna posterior somente prevalece sobre o ato internacional quando ocorrer antinomia manifesta ou revogação expressa. Fora dessas duas hipóteses, e em nome da preservação dos compromissos internacionais do país, deve-se buscar interpretação harmonizadora. A incompatibilidade entre as normas não deve ser presumida, e sendo possível a convivência, ambas subsistem. A esse propósito, confiram-se a lição de Carlos Maximiliano (1947, p. 427-428):

“Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de Direito *não se presume*; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra(...)

Para a ab-rogação a incompatibi-

lidade deve ser absoluta e formal, de modo que seja impossível executar a norma recente sem postergar, destruir praticamente a antiga.

(3) para a derrogação, basta a inconciliabilidade parcial, embora também absoluta quanto ao ponto em contraste. Portanto a abolição das disposições anteriores se dará nos limites da incompatibilidade; o prólogo – a lei posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat priori*) deve ser aplicado em concordância com outro, já transcrito – *leges posteriores ad priores pertinent(...)*” (grifo no original).

Ora bem: a Lei nº 6.815/80 nem revogou expressamente o Código Bustamante, nem é com este conflitante, razão pela qual continuam vigentes, válidos e eficazes os requisitos ali estabelecidos quanto aos documentos exigíveis e a necessidade da existência de indícios razoáveis de culpabilidade do extraditando. Não há que se invocar, tampouco, o critério da especialidade – *lex specialis derogat generalis* – tanto por não haver conflito entre as normas como porque ambos os diplomas, a lei e o tratado, contêm normas genéricas sobre o assunto.

2. Aspectos materiais

A Lei nº 6.815/80 traz ainda um conjunto de óbices materiais que impedem conceder-se a extradição. Confiram-se a transcrição seletiva de dispositivos do seu art. 77, *in verbis*:

“Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

I – se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

II – o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

III – (...)

IV – a lei brasileira impuser ao crime a pena igual ou inferior a 1 (um) ano;

V – (...)

VI – estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII – o fato constituir crime político;

VIII – o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção.

§ 1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social”.

a. Impossibilidade de extradição de brasileiros e por crimes políticos

Os temas já foram desenvolvidos no capítulo II deste trabalho, pois as proibições de extradição de brasileiros e por crimes políticos constam originalmente do texto da Constituição Federal.

b. O princípio da dupla tipicidade

Os fatos imputados ao extraditando devem ser tipificados como crime tanto no país requerente como no país requerido, como determina o inciso II do art. 77 da Lei nº 6.815/80. Isso significa que em ambos os países os crimes imputados ao extraditando devem ser puníveis pela legislação penal, pouco importando as diferenças terminológicas existentes na legislação dos dois países. Nesse sentido já determinou o Supremo Tribunal:

“(...)Extradição e Princípio da Dupla Tipicidade.

Revela-se essencial, para a exata aferição do respeito ao postulado da dupla incriminação, que os fatos atribuídos ao extraditando – não obstante a incoincidência de sua designação formal – revistam-se de tipicidade penal e sejam igualmente puníveis tanto pelo ordenamento jurídico doméstico quanto pelo sistema de direito positivo do Estado requerente. Precedente: RTJ 133/1075. (...)”⁴².

Não basta que o fato punível praticado pelo extraditando seja apenado tanto na legislação do Estado requerente como na do Brasil, mas também que em ambos o fato seja punível como *crime*. Assim, se a legislação brasileira tipificar o fato como contravenção, o pedido extradicional será indeferido, como já se decidiu:

“Extradição e porte ilegal de arma de fogo – Contravenção penal – Impossibilidade

O porte ilegal de arma de fogo – ainda que seja qualificado como crime pela legislação penal do Estado estrangeiro – não autoriza a extradição, eis que se trata de ilícito tipificado como simples contravenção penal pelo direito positivo vigente no Brasil. Precedentes do STF”⁴³.

c. Prescrição

Outro pressuposto básico da extradição é que o fato imputado ao extraditando não esteja com a sua punibilidade extinta, seja pela lei brasileira, seja pela lei do Estado requerente. Estão abrangidos por essa excludente não só a prescrição, mas também a anistia, graça ou indulto (SOUZA, 1998, p. 21). Essa regra é decorrência básica da premissa de que os fatos imputados ao extraditando devem ser passíveis de punição, tanto no Estado requerente como no Estado requerido, e um crime considerado prescrito pelo Estado requerido não atenderia o requisito da punição em ambos os países.

d. Julgamento no exterior por juízo ou tribunal de exceção

A lei ordinária veda a extradição, como se observa do artigo 77, VIII, supracitado, sempre que o extraditando vier a ser submetido no Estado requerente a julgamento por tribunal de exceção. Com fundamento nessa regra, o Supremo Tribunal negou a extradição, requerida pelo Haiti, do coronel Albert Pierre, chefe de polícia durante o regime do Presidente Duvalier:

“(...)V – Juízo ou tribunal de exceção.

Caracteriza-se quando instituído ou modificado o regime de competência dos órgãos jurisdicionais, *intuitu personae*.

Conceitos divergentes sobre juízo de exceção entre o país requerente e o adotado na doutrina e precedentes judiciais brasileiros.

Verificação, *in casu*, da excepcionalidade do juízo pela fixação de novo regime de competência tendo em vista, única e exclusivamente, a pessoa do extraditando.

Pedido de extradição indeferido⁴⁴.

Observe-se que a Corte tem dado a esse dispositivo amplitude maior do que a simples verificação da existência de um tribunal criado especialmente para julgar o extraditando. A esse respeito, esclarece Artur Gueiros (1998, p. 118):

“Sobre a questão da vedação de tribunais de exceção – prevista no artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição da República e no artigo 77, inciso VIII, da Lei nº 6.815/80 – deve-se salientar que o Supremo Tribunal ampliou seu âmbito de abrangência, para compreender não apenas a proibição de entrega de alguém para uma jurisdição criada *ex post facto*, mas, também, para denegar os pedidos oriundos de lugares onde não exista o mínimo de respeito ao cinturão de garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal”.

Esse entendimento do devido processo legal, mais preocupado com as condições da realidade do que apenas com elementos formais, tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal em vários precedentes, como ilustrado a seguir:

“A noção de tribunal de exceção admite, para esse efeito, configuração conceitual mais ampla. Além de abranger órgãos estatais criados *ex post facto*, especialmente instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de certas infrações penais, com evidente ofensa ao princípio da naturalidade do juízo, também compreende os tribunais regulares, desde que caracterizada, em tal hipótese, a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias inerentes ao devido processo legal. A possibilidade de privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante –, impede o válido deferimento do pedido extradicional⁴⁵.”

e. Existência no Brasil de processo contra o extraditando

O artigo 89 da Lei nº 6.815/80 impede a entrega do extraditando se este estiver sendo processado no Brasil por crime punível com pena privativa de liberdade. Entretanto, a extradição pode ser efetivada, se for da conveniência do governo brasileiro:

“Quando o extraditando estiver sendo processado no Brasil, por infração penal punível com pena privativa de liberdade, o ato extradicional somente deverá ser executado após concluído o processo-crime ou, quando for o caso, depois de cumprida a pena. O Presidente da República, con-

tudo, atento a razões de conveniência pertinentes ao interesse nacional, poderá ordenar a imediata efetivação da extradição, inobstante haja processo penal instaurado ou, até mesmo, tenha ocorrido condenação.

Esta faculdade, conferida pelo art. 89, *in fine*, do Estatuto do Estrangeiro, pertence ao chefe do Poder Executivo da União, a cuja discricção e exclusiva deliberação submete-se o seu exercício. O presidente da República, em tal circunstância, é o único árbitro da conveniência e oportunidade da efetivação dessa medida excepcional⁴⁶.

f. O princípio da especialidade

Prevê o art. 91 da Lei nº 6.815/80 os compromissos que o Estado requerente deverá assumir para, depois de concedida a extradição pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ser-lhe entregue o extraditando. Entre esses, figura o princípio da especialidade, segundo o qual o extraditando não pode ser punido, no país solicitante, por crime diverso daquele que motivou o pedido original de extradição:

“Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso:

I – de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido”.

Para que o Estado estrangeiro possa vir a punir o extraditando por crime diverso daquele que motivou o pedido de extradição, deve solicitar uma extensão do pedido original:

“Constitucional. Pena. Extradição: Pedido de extensão. Pedido feito pelo Governo Suíço.

I – Pedido de extradição para o fim de o extraditando ser processado por fatos delituosos não compreendidos no pedido de extradição. (...)

II – O princípio da especialidade, adotado no art. 91, I, da Lei nº 6.815/80, não impede que o Estado requerente

de extradição já concedida solicite sua extensão para abranger delito diverso. Precedentes do STF⁴⁷.

g. Proibição da extradição para cumprir pena corporal ou de morte. A questão da possibilidade da extradição para cumprir pena de prisão perpétua

Estabelece o art. 91 da Lei nº 6.815/80 que:

“Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso:

(...)

III – de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação”.

Vedar a extradição para cumprimento de pena corporal ou de morte é questão pacífica na doutrina e jurisprudência brasileiras, por se tratar de regra expressa contida na lei. Nesses casos, a rigor, a extradição vem a ser efetivada, mediante compromisso do Estado requerente de comutar tal pena por outra restritiva de liberdade⁴⁸.

Nada obstante, alguns países que não adotam a pena de morte extraditam estrangeiros para outros que imponham tal pena, sem qualquer ressalva. Esse é o caso do Canadá, cuja Suprema Corte, no caso *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, ratificou uma ordem extradicional do Ministro de Justiça para os Estados Unidos, sem a exigência de que a pena de morte não fosse imposta ao extraditando. A Corte concluiu que a ordem do Ministro não constituía uma pena cruel e sustentou:

“A execução, se ocorrer, será nos EUA, com base na legislação norte-americana, envolvendo um nacional norte-americano com relação a um delito ocorrido nos EUA⁴⁹.”

Entretanto, tem despertado polêmica a possibilidade de conceder-se a extradição para cumprimento de pena de prisão perpétua no Estado requerente, por tratar-se de sanção inadmitida pela Constituição brasileira⁵⁰.

De início, o STF adotou o entendimento de que a pena de prisão perpétua deveria ser comutada por prisão com o prazo máximo fixado na legislação brasileira, que é de trinta anos⁵¹. Foi essa a posição adotada em pedido de extradição do ex-oficial da SS alemã, Franz Paul Stangl, de cuja ementa do acórdão constou:

“(...) 3. Comutação da pena.

a. A extradição está condicionada à vedação constitucional de certas penas, como a prisão perpétua, embora haja controvérsia a respeito, especialmente quanto às vedações da lei penal ordinária.

b. O compromisso de comutação da pena deve constar do pedido, mas pode ser prestado pelo Estado requerente antes da entrega do extraditando⁵².

Esse precedente foi seguido em pedidos de extradição subseqüentes⁵³, até o julgamento do caso Russel Wayne Weisse, quando a Corte alterou o seu entendimento e deferiu a extradição, sem a ressalva da comutação da pena de prisão perpétua em pena limitativa de liberdade⁵⁴. Essa decisão fundou-se, sobretudo, em dois argumentos: 1) impossibilidade de emprestar eficácia transnacional aos direitos previstos na nossa Constituição; 2) a Lei nº 6.815/80, art. 91, III, e a grande maioria dos tratados de extradição em vigor só impõem aos Estados a obrigação de comutar a pena corporal ou de morte, nada mencionando sobre a pena de prisão perpétua.

As decisões posteriores da Corte têm mantido esse novo entendimento:

“Extradição – Possibilidade da concessão ainda que esteja o extraditando sujeito à pena de prisão perpétua no país requerente – Inexistência de restrição. Voto vencido.

É admissível, sem qualquer restrição, a possibilidade de o Governo Brasileiro extraditar o súdito estrangeiro reclamado, mesmo nos casos em que esteja ele sujeito a sofrer pena de prisão perpétua no país requerente(...)”⁵⁵.

1. A extradição é um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal entre Estados, subordinada a prévio pronunciamento judicial e, em caso de deferimento, à decisão política do Executivo. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a matéria, não examina o mérito do processo que, no país estrangeiro, deu ensejo ao pedido extradicionário. Compete-lhe, tão-somente, verificar o cumprimento dos pressupostos constitucionais e legais para a concessão da medida.

2. A Constituição veda a extradição de brasileiros natos em qualquer caso e também a de naturalizados, salvo duas exceções: (i) no caso de crime comum, praticado antes da naturalização, e (ii) na hipótese de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. Na ausência da lei referida no texto constitucional, não é possível a extradição de brasileiro naturalizado.

3. É vedada a extradição por crime político, como tal consideradas as infrações contra a organização e o funcionamento do Estado. Tratando-se de crime político *puro*, a interdição é absoluta. As dificuldades surgem em relação aos delitos políticos *complexos* ou *relativos*, nos quais estão igualmente presentes elementos de crime comum.

4. Não existe um critério rígido, prévio e abstrato para a caracterização de um crime como político quando também estão presentes elementos de crime comum. Tal definição somente pode ser feita à vista do caso concreto e deverá levar em conta fatores como: (a) a situação política do Estado requerente, (b) a motivação do agente, (c) o fim visado e (d) a condição da vítima (*e. g.*, ocupante de cargo público, candidato a cargo político etc.). Deve o intérprete estar atento à extradição política disfarçada, na qual a perseguição ideológica da vítima se oculta sob a imputação de crime comum.

5. Além das vedações constitucionais, que incluem também o crime de opinião, existem diversas hipóteses legais nas quais

não se concederá a extradição: defeito de forma no pedido, inoocorrência de dupla tipicidade (o fato tem de ser crime no país requerente e no Brasil), pena imposta pela lei brasileira inferior a um ano e ocorrência de prescrição, seja pela lei brasileira ou do Estado requerente.

6. A lei prevê, ainda, a não-concessão da extradição quando esteja sujeito o extraditando a juízo ou tribunal de exceção. Tal cláusula, submetida ao filtro constitucional, irradia-se para incluir as hipóteses em que o pedido tenha-se originado em procedimento no qual não foi observado o devido processo legal (de acordo com *standards* mínimos estabelecidos na lei brasileira ou em atos internacionais) ou se houver risco real de vida para o extraditando no país requerente.

7. Em matéria extradicional, vigora o *princípio da especialidade*: o extraditando não pode ser punido, no país solicitante, por crime diverso do que motivou o pedido original de extradição. Se o Estado requerente quiser punir por outro crime o extraditando, deverá requerer ao Brasil autorização expressa para isso, formulando um pedido de extradição supletiva.

8. Quando o extraditando estiver sujeito, no Estado requerente, a pena de morte, o Supremo Tribunal Federal impõe como condição para deferir a extradição a comutação de pena, que somente poderá ser privativa de liberdade. Quando sujeito a prisão perpétua, prevaleceu longamente na Corte o entendimento de que o Estado requerente deveria comutar a pena para o prazo máximo previsto na lei brasileira (trinta anos). Recentemente, contudo, passou a conceder a extradição, nessa hipótese, sem qualquer ressalva.

Notas

¹ Atualmente o Brasil tem tratados de extradição com os seguintes países: *Argentina* (Buenos Aires, 15.11.61; Dec. Leg. nº 85/64, de 29.9.64; Dec. Exec. nº 62.979, de 11.7.68), *Austrália* (Camberra, 22.8.94; Dec. Leg. nº 36/96, de 28.3.96; Dec. Exec.

nº 2.010, de 23.9.96), *Bélgica* (Rio de Janeiro, 6.5.53; Dec. Leg. nº 26/56, de 19.6.56; Dec. Exec. nº 41.909, de 29.7.57), *Espanha* (Brasília, 2.2.88; Dec. Leg. nº 75/89, de 29.11.89; Dec. Exec. nº 99.340, de 22.6.90), *EUA* (Rio de Janeiro, 13.1.61; Dec. Leg. nº 13/64, de 18.6.64; Dec. Exec. nº 55.750, de 11.2.65), *Itália* (Roma, 17.10.89; Dec. Leg. nº 78/92, de 20.11.92; Dec. Exec. nº 863, de 9.7.93), *Paraguai* (Assunção, 24.2.22; Dec. Leg. nº 4.612/22, de 29.11.22; Dec. Exec. nº 16.925, de 27.5.25), *Portugal* (Brasília, 7.5.91; Dec. Leg. nº 96/92, de 23.12.92; Dec. Exec. nº 1.325, de 2.12.94) e *Reino Unido* (Londres, 18.7.95; Dec. Leg. nº 91/96, de 11.09.96; Dec. Exec. nº 2.347, de 10.10.97).

² Ver ACIOLY; SILVA, 1996, p. 358-359. Ver também MELLO, 1978, p. 60-61). Adotando posição divergente REZEK (1991, p. 203) entende que, uma vez enviado o pedido ao STF, assume o Executivo o compromisso de extraditar, caso o Judiciário a autorize.

³ Extradição nº 509, rel. Min. Celso de Mello, j. 4.5.90, DJU de 1.6.90, p. 4.930. No mesmo sentido: “Não pode, entre nós, o extraditando, como no sistema francês, renunciar ao benefício da lei, mediante a exteriorização do propósito de ser colocado à disposição do Estado que o reclama independentemente do pronunciamento judiciário”. Extradição nº 314, rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 64/22; HC nº 52.251, rel. Min. Luiz Gallotti, j. 22.05.74, DJU 23.8.74.

⁴ Extradição nº 773, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 23.2.00, DJU de 28.4.00, p. 72. No mesmo sentido, Extradição nº 768, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3.5.00, DJU de 16.6.00, p. 31 e Extradição nº 776, rel. Min. Celso de Mello, j. 6.4.00, DJU de 10.8.00, p. 3.

⁵ Extradição nº 565, rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 160/402.

⁶ A Constituição de 1934 determinava: “Art. 113 § 31. Não será concedida a Estado estrangeiro a extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro”.

⁷ Art. 1º §, 1º, do Decreto-Lei nº 394/38; art. 88, I do Decreto-Lei nº 941/69 e art. 77, I, da Lei nº 6.815/80.

⁸ Art. 112, VI e VII, da Lei nº 6.815/80, respectivamente.

⁹ “*Habeas Corpus*. Extradição de brasileiro naturalizado anteriormente condenado no país de origem por crimes comuns. Artigo 77, I da Lei 6.815/80, em face da norma do art. 5º, inciso LI da Constituição de 1988. Desnecessidade de prévia anulação da naturalização, para a concessão da extradição. Alegações sobre a identidade entre os crimes praticados no país de origem e os previstos na legislação penal brasileira, cujo exame excede o âmbito do *habeas corpus*, devendo ser deduzidas no processo de extradição. *Habeas corpus* denegado”. HC nº 67.621, rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 135/96.

¹⁰ Relativamente à última parte da citação, “constitucional ou não”, deve-se chamar a atenção dos leitores que qualquer alteração necessariamente deveria ser feita em sede constitucional, diante da equiparação entre brasileiros natos e naturalizados na Constituição, conforme comentário anterior feito no texto.

¹¹ Extradicação nº 541, rel. Min. Néri da Silveira, rel. para o Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 7.11.92, DJU 18.12.92, p. 24.374. No mesmo sentido, ver os pedidos de Extradicação nº 688, rel. Min. Celso de Mello, j. 9.10.96, DJU 22.8.97, p. 38.760, e 690, rel. Min. Néri da Silveira, j. 6.3.97, DJU 20.3.98, p. 5.

¹² “Na legislação dos estados modernos há poucos princípios que sejam adotados de forma tão universal quanto o da não extradicação dos criminosos políticos”. *Laws of nations and the punishment of war crimes. British Yearbook of International Law*, 1944, p. 58.

¹³ Com base nesse critério, a França negou o pedido de extradicação de Abu Daoud, suspeito de ter participado no massacre conhecido como “setembro negro”, contra os atletas israelenses nas Olimpíadas de 1972, formulado pela então Alemanha Ocidental e Israel (PHILIPS, 1997, p. 347-349).

¹⁴ “Mandatory grounds for refusal: Extradition shall not be granted in any of the following circumstances: a) *If the offence for which extradition is requested is regarded by the requested State as an offence of a political nature*”.

¹⁵ No caso *R. v. Governor of Brixton Prison ex parte Schtraks*, em 1964, *apud* GILMORE (p. 704). O texto transcrito é uma tradução livre do original: “*What then is an offence of a political character? The courts, I am afraid, have been asking this question at intervals ever since it was first posed juridically in 1890 in In re Castioni, and no definition has yet emerged or by now is ever likely to. Indeed, it has come to be regarded as something of an advantage that there is to be no definition. I am ready to agree in the advantage so long as it is recognised that the meaning of such words as ‘a political offence’, while not to be confined within a precise definition, does nevertheless represent an idea which is capable of description and needs description if it is to form part of the apparatus of a judicial decision*”.

¹⁶ Extradicação nº 524, rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.90, DJU 8.3.91, p. 2.200.

¹⁷ Extradicação nº 446, rel. Min. Célio Borja, j. 17.12.86, DJU 7.8.87, p. 15.432. No mesmo sentido a Extradicação nº 321, rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 74/1, em que se decidiu que o cunho político da infração deve ser demonstrado pelo extraditando e seu exame deve ser deduzido em função das peculiaridades de cada caso concreto.

¹⁸ Extradicação nº 417, rel. Min. Alfredo Buzaid, rel. para o Acórdão Min. Oscar Correa, RTJ 111/16.

¹⁹ Extradicação nº 347, rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 86/1.

²⁰ Extradicação nº 446, rel. Min. Célio Borja, j. 17.12.86, DJU 7.8.87, p. 15.432.

²¹ Extradicação nº 524, rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.90, DJU 8.3.91, p. 2.200.

²² Extradicação nº 493, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 4.10.89, DJU 3.8.90, p. 7.235.

²³ Extradicação nº 417, rel. Min. Alfredo Buzaid, rel. para o Acórdão Min. Oscar Corrêa, RTJ 111/16.

²⁴ No original: “*La même règle s’appliquera si la partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d’extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité, ou d’opinions politiques, ou que la situation de cet individu risque d’être aggravée pour l’une ou l’autre de ces raisons*”.

²⁵ “Mandatory Grounds for Refusal: Extradition shall not be granted in any of the following circumstances: *If the requested State has substantial grounds for believing that the request for extradition has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person’s race, religion, nationality, ethnic origin, political opinions, sex or status, or that that person’s position may be prejudiced for any of those reasons*”.

²⁶ Sobre essa categoria dos direitos fundamentais e a inclusão nela dessa regra, ver GOODWIN-GILL 1978, p. 75, 141. Ver também TIBURCIO, p. 75-102.

²⁷ Decreto nº 678, de 6.11.92.

²⁸ O caso *Soering v. UK* foi reproduzido na *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, p. 99, 1989. O caso *Chahal v. UK* foi publicado no LXVIII *The British Yearbook of International Law*, 388-390, 1997. *Ahmed v. Austria* foi publicado na *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, p. 386, 1997.

²⁹ Ver também art. 76 da Lei nº 6.815/80.

³⁰ Extradicação nº 314, rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 64/22.

³¹ Extradicação nº 359, rel. Min. Cunha Peixoto, RTJ 92/955.

³² Extradicação nº 452, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 1.4.87, DJU 8.5.87, p. 8.360.

³³ Extradicação nº 524, rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.90, DJU 8.3.91, p. 2.200.

³⁴ Extradicação nº 670, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.6.97, DJU 27.6.97, p. 30.225.

³⁵ Extradicação nº 694, rel. Min. Sydney Sanches, j. 13.2.97, DJU 22.8.97, p. 38.760.

³⁶ José Francisco Rezek, *Direito internacional público*, p. 206, 1989.

³⁷ Extradicação nº 171, rel. Min. Nelson Hungria, j. 6.8.52, DJU 31.12.52.

³⁸ Extradicação nº 524, rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.90, DJU 8.3.91, p. 2.200.

³⁹ Sentença Estrangeira nº 993, rel. Min. Carlos

Maximiliano, RT 136/824.

⁴⁰ Extradução nº 662, rel. Min. Celso de Mello, j. 28.11.96, DJU 30.5.97, p. 23.176.

⁴¹ Jacob Dolinger, *As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo*, RF 334/71.

⁴² Extradução nº 669, rel. Min. Celso de Mello, j. 6.3.96, DJU 29.3.96, p. 9.343.

⁴³ Extradução nº 669, rel. Min. Celso de Mello, j. 6.3.96, DJU 29.3.96, p. 9.343. Essa decisão é anterior à Lei nº 9.437, de 20.2.97, que em seu art. 10 passou a tipificar o porte de arma como crime.

⁴⁴ Extradução nº 446, rel. Min. Célio Borja, RTJ 122/865.

⁴⁵ Extradução nº 524, rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.90, DJU 8.3.91, p. 2.200. Ver também Extradução nº 232, RTJ 26/01.

⁴⁶ Extradução nº 509, rel. Min. Celso de Mello, j. 4.5.1990, DJU 1.6.1990, p. 4.930. Ver inúmeros precedentes do STF que autorizaram a extradição, mesmo havendo processo no Brasil em curso: Extradução nº 418, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 5.12.1984, DJU 8.3.1985, p. 2.597; Extradução nº 657, rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ 114/10.

⁴⁷ Pedido de extensão na Extradução nº 548, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.11.96, DJU 19.12.96, p. 51.765. Ver também Extradução nº 444-1, rel. Min. Celso de Mello, despacho de 10.2.00, DJU de 17.2.00, p. 5.

⁴⁸ Ver Extradução nº 744, rel. Min. Celso de Mello, j. 1.12.99, DJU 18.2.00, p. 54.

⁴⁹ No original: "The execution, if it takes place, will be in the US under American law against an American citizen in respect of an offense that took place in the US". (1991) 2 S.C.R., j. 26.9.91, caso nº 21.321.

⁵⁰ Essa proibição constou, inicialmente, do texto constitucional de 1934, no art. 113, § 29. Com exceção da Carta de 1937, foi mantida em todas as Constituições posteriores. Atualmente é prevista no art. 5º, XLVII.

⁵¹ Ver art. 75 do Código Penal.

⁵² Extraduições nº 272, 273 e 274, *Extraduições - Julgamentos e Legislação*, p. 46.

⁵³ Ver, e.g., Extradução nº 399, rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ 108/18 e Extradução nº 417, rel. Min. Alfredo Buzaid, rel. para o Acórdão Min. Oscar Correa, RTJ 111/16.

⁵⁴ Extradução nº 426, rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 115/969.

⁵⁵ Extradução nº 588, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o Acórdão Min. Celso de Mello, RT 752/509. No mesmo sentido: Extradução nº 429, rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 119/483; Extradução nº 469, rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 136/1051; Extradução nº 472, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 128/998; Extradução nº 486, rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 132/1083; Extradução nº 669, rel. Min. Celso de Mello, j. 6.3.96,

DJU 29.3.96, p. 9.343; Extradução nº 773, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 23.2.00, DJU 28.4.2000, p. 72.

Bibliografia

ACIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 1996.

BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. *Derecho internacional privado*. v. 3, n. 1.719, p. 137, 1943. Apud CAHALI. *Estatuto do estrangeiro*, 1993.

ERRERA, Roger. *Extradition et droits de l'homme. Collected Courses of Academy of European Law*. v. 6(2), p. 283, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 1976.

GILMORE, William C. *Extradition and the political offense exception: reflections on United Kingdom law and practice. Commonwealth Law Bulletin*. 1992.

GOODWIN-GILL, Guy. *International law and the movement of persons between states*. 1978.

LABAYLE. *Le juge: la constitution et l'extradition. Revue Française de Droit Administratif*. v. 12, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 1947.

MELLO, Celso Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. 1978.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. 1974. Tomo 5.

PERFILHA, J. Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. 1997.

PERTENCE, J. P. Sepúlveda. *Liberdade e direito de asilo. Anais da 8. Conferência Nacional da OAB*. 1980.

PHILLIPIS, R. Stuart. *The political offense exception and terrorism: its place in the current extradition scheme and proposals for its future. Dickinson Journal of International Law*. v. 15, 1997.

REZEK, J.F. *Direito internacional público: curso elementar*. 2. ed.

RUSSOMANO, Gilda. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. 1981.

SOUZA, Artur Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. 1998.

SWART, A. H. J. *Refusal of extraditions and the um model treaty on extradition. Netherlands Yearbook of International Law*. v. 23, 1992.

TIBURCIO, Carmen. The human rights of aliens under international and comparative law. *Kluwer Law International*. nota 55. p. 9.

_____. _____. p. 75-102.

WIJNGAERT, Christine van clen. *The political offence exception to extradition*. 1980.

A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT

Jorge Fontoura
Luiz Eduardo Gunther

Sumário

1. Introdução. 2. A elaboração normativa da OIT. 3. Convenções e recomendações, uma distinção necessária. 4. A natureza jurídica das recomendações da OIT. 5. A efetividade das recomendações da OIT no ordenamento jurídico brasileiro. 6. Conclusões.

A não ser que estejamos prontos para esperar Godot, que assumiria a forma de uma crise de vastas proporções...algo deve ser feito, pelo Norte industrializado e pelo Sul falho de recursos, a fim de paralisar a marcha rumo ao desconhecido.
M. Wionezek (1969, p. 116)

1. Introdução

A tutela internacional do trabalho, pelo viés das normativas da OIT, apresenta-se modernamente como último reduto para a defesa de importantes conquistas da civilização. A “era do mercado”, indiferente às fronteiras estatais, à História e à Geografia, vê-se inexoravelmente direcionada a erodir toda uma gama de valores jus-laborais arduamente construídos.

Como se em um inusitado refluxo histórico, surge uma “Internacional” não mais socialista ou trabalhista, e sim financeira e especuladora, emulada pela tecnologia e pelo espírito do tempo: *Ubi bene ibi patria*. Parece realizar-se, conforme assinalou Pierangelo Catalano, ao encerrar o XVI Seminário

Jorge Fontoura, Doutor em Direito, Consultor Legislativo do Senado Federal, é professor da UCB e da UFPR;

Luiz Eduardo Gunther, Mestre e Doutorando em Direito (UFPR), é Juiz do Trabalho da 9ª Região.

Roma-Brasília, em agosto de 2000, no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, o que Pio XI definiu com premonição pontifícia como *il imperialismo internazionale del denaro*.

Perante tal quadro, a efetividade jurídica das normativas da OIT, mercê de sua natureza universal, ganha importância ímpar na história das relações laborais. Somente elas, como novas órbitas jurisdicionais, estão aptas a fazer face ao caráter também universal dos desdobramentos jurídicos da mundialização da economia, que reduz direitos ancestrais, em prol da ideologia do lucro, dissimulada no binômio competitividade-productividade.

2. A elaboração normativa da OIT

Tendo missão relevante a cumprir em matéria de dignificação do trabalho e de proteção dos trabalhadores e de suas famílias, dispõe a OIT de dois instrumentos jurídicos fundamentais: “as convenções e as recomendações aprovadas pela Assembléia Geral por maioria de 2/3. As primeiras são obrigatórias após a sua ratificação pelos Estados. As segundas são meramente indicativas” (PEREIRA, 1997, p. 557).

Interessa, particularmente, na atividade da OIT, a criação de normas internacionais, com a finalidade de que a legislação do trabalho dos Estados-membros realize as finalidades sociais da organização, como esclarece Lobo Xavier:

“As convenções e as recomendações são aprovadas na Conferência por maioria de dois terços. Não contêm um regime com eficácia imediata nos ordenamentos do Estado, já que este tem o direito de ratificar ou não os textos aprovados, devendo, contudo, em qualquer caso informar periodicamente sobre o estado da legislação e da prática nacionais quanto aos aspectos focados.

As *convenções*, depois de ratificadas, conduzem os respectivos estados à obrigação de as aplicar, conforman-

do a sua legislação e prática aos princípios nela constantes, ficando tal aplicação sujeita a controle. As *recomendações* constituem uma orientação e antecedem, muitas vezes, a elaboração de uma convenção sobre a matéria” (XAVIER, 19—, p. 327).

Segundo Cesarino Júnior, são fontes do direito internacional do trabalho tão-somente os regulamentos dos órgãos constitutivos da OIT e as convenções internacionais em matéria de trabalho, cujos projetos, aprovados pelas Conferências Gerais da OIT, sejam ratificados por considerável número de Estados dela participantes:

“As convenções internacionais do trabalho não têm, por si mesmas, efeito obrigatório; é por suas ratificações que um Estado assume a obrigação de pô-las em execução. Sua promulgação já na órbita do direito interno introduz as disposições da convenção na ordem jurídica nacional. Para cada convenção, específicas regras relativas à sua entrada em vigor estão contidas em suas cláusulas finais. Há instrumentos idênticos às convenções quanto à sua forma e à sua elaboração, mas que não devem, obrigatoriamente, como as convenções, ser submetidos à ratificação. Tratam-se das resoluções, que são meros convites aos Estados para seguirem certas regras” (CESARINO JÚNIOR, 1980, p. 83).

Explicando as convenções da OIT, Amauri Mascaro Nascimento refere que:

“A Conferência da Organização Internacional do Trabalho reúne-se periodicamente votando decisões que podem obrigar os Estados-membros. Essas deliberações revestem-se da forma de convenções internacionais do trabalho. Diferem, portanto, dos tratados internacionais porque, ao contrário destes, não resultam de entendimentos diretos entre os países interessados, mas sim de discussões ocorridas nos quadros da OIT, em cujo seio

é processada a sua elaboração e posterior aprovação em caráter oficial. Portanto, as convenções internacionais são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento jurídico interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais” (NASCIMENTO, 1976, p. 72-73).

Ao discorrer sobre os atos jurídicos das Organizações Internacionais, Rodríguez Carrión distingue aqueles cujo conteúdo não é obrigatório em si, porém exigem um comportamento formal por parte dos Estados:

“... Assim, o artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho dispõe certas obrigações específicas de comportamento dos Estados com relação às convenções ou recomendações e que não implicam obrigatoriedade alguma a respeito de seus conteúdos. Conforme o parágrafo 5º do dito preceito,

‘ Tratando-se de uma convenção:

a) será dado a todos os Estados-Membros conhecimento da convenção para fins de ratificação;

b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza’.

Por sua parte, o parágrafo 6º dispõe,

‘Em se tratando de uma recomendação:

a) será dado conhecimento da recomendação a todos os Estados-Mem-

bros, a fim de que estes a considerem, atendendo à sua efetivação por meio de lei nacional ou por qualquer outra forma’.

Com estes pressupostos o Estado terá satisfeito sua obrigação jurídica mediante o respeitoso cumprimento de sua obrigação de comportamento, sem que dito comportamento se vincule a nenhuma obrigação do resultado pretendido pelo conteúdo material do ato em questão” (RODRÍGUES CARRIÓN, 1998, p. 258).

Francisco de Assis Ferreira, por sua vez, explicita que as Conferências da OIT atingem a plenitude de sua finalidade por meio de três instrumentos:

“a) convenção, contendo normas que podem ser objeto de ratificação pelos Estados-membros;

b) recomendação, cuja matéria não é apropriada no momento para ser objeto de convenção;

c) resolução, simples sugestão para que os Estados-membros adotem as medidas alvitradas” (FERREIRA, 1969, p. 495).

3. Convenções e recomendações, uma distinção necessária

As recomendações são estimadas como cabíveis sempre que a matéria discutida não comporte todavia um tratamento convencional, seja pela precariedade político-jurídica de sua adoção, seja pelo caráter incerto do tema suscitado.

Balmaceda apresenta quatro diferenças principais entre convenções e recomendações, tomando em conta suas estruturas normativas:

1) a convenção constitui uma forma de tratado internacional, não assim a recomendação;

2) a convenção pode ser, por conseguinte, objeto de ratificação pelo correspondente Estado, o que logicamente não pode ocorrer com uma recomendação;

3) ratificada uma convenção, o Estado “tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção” (Constituição da OIT, art. 19, Nº 5, letra d). Sendo impropriedade a ratificação de recomendações, não vigora pois, a seu respeito, dita obrigação por parte dos Estados;

4) enquanto, no caso das convenções, podem apresentar-se diversos problemas de interpretação, entrada em vigor, denúncia, revisão e efeitos em caso da retirada de um Estado da OIT, todos derivados da ratificação do instrumento, nenhuma dessas situações têm lugar no que concerne às recomendações (BALMACEDA, 1998, p. 135).

O tema, ante sua importância, mereceu tratamento detalhado de Nicolas Valticos, em seu clássico *Derecho Internacional del Trabajo* (1977, p. 234-236), que procuramos resumir assim:

“1) a convenção é o procedimento-tipo da regulamentação internacional do trabalho, sendo ela somente passível de ser objeto de ratificação e criar uma rede de obrigações internacionais, seguidas de medidas de controle;

2) a recomendação é um acessório, sendo seu papel definido a partir do princípio geral segundo o qual adota-se essa forma quando o objeto tratado não se preste a adoção imediata de uma convenção. Podem ser distinguidas três funções principais da recomendação: a) é a forma mais apropriada quando um tema ainda não está maduro para a adoção de uma convenção, e a recomendação derivada da autoridade da Conferência contribui para a criação de uma consciência social comum, abrindo espaço para a adoção posterior de uma convenção; b) uma segunda função é a de servir de complemento a uma convenção, podendo ser útil para inspirar os governos, porém sem o mesmo caráter obrigatório que os termos de uma convenção; c) a recomendação tem um valor intrínseco em um certo número

de casos: quando as normas que contém possuem um caráter técnico detalhado, isto pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando no entanto a possibilidade de implementarem-se adaptações conforme a necessidade dos países; a mesma coisa acontece quando a recomendação trata de questões nas quais as situações e as práticas variam de tal maneira de um país a outro que dificilmente poder-se-ia pensar em compromissos internacionais estritos a respeito das medidas preconizadas;

3) a recomendação cumpre assim, junto à convenção, uma função útil em vários aspectos, residindo a diferença existente entre os dois instrumentos no aspecto relativo à eficácia, uma vez que, por definição, uma recomendação não pode ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejem para dar-lhe o efeito que julguem oportuno, embora estejam obrigados a submeter tanto as recomendações, como as convenções, às autoridades nacionais competentes, informando sobre a execução desta obrigação e sobre o curso dado a tal ou qual recomendação. Estas medidas não são comparáveis, contudo, com as obrigações que a ratificação de uma convenção impõe e com o controle sistemático de que é objeto a execução de tais obrigações;

4) embora a recomendação seja considerada como a parente pobre da convenção, devem-se ter presentes dois pontos: a) dada a natureza das questões que geralmente são objeto de recomendação, a alternativa nem sempre se apresenta entre uma recomendação e uma convenção, senão entre uma recomendação e a ausência de toda norma internacional ou na exis-

tência de uma convenção que obteria tão poucas ratificações que perderia toda autoridade; b) é incontestável que algumas das recomendações têm tido uma influência considerável em numerosos países, sendo rutilante exemplo a recomendação nº 119, de 1963, sobre a Terminação da Relação de Trabalho”.

4. A natureza jurídica das recomendações da OIT

Conforme a lição de Arnaldo Süssekind, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Brasil, constituem autênticas fontes formais de direito. No entanto, “as recomendações aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho atuam apenas como fontes materiais de direito, porque servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa” (SÜSSEKIND, 1990, p. 336).

O mesmo autor explicita a obrigatoriedade de submissão dos instrumentos normativos da OIT à autoridade nacional competente, conforme o direito público interno do Estado-membro, no prazo de dezoito meses da deliberação:

“as convenções para que, se aprovadas (no caso do Brasil, pelo Congresso Nacional), sejam formalmente ratificadas por ato governamental; as recomendações, para que o órgão competente decida sobre a conversão das regras sugeridas, no todo ou em parte, em normas jurídicas de eficácia nacional, conforme estabelece o mesmo art. 19 da Constituição da OIT (Idem, ibidem).

Celso Lafer, ao analisar a convenção, prevista no recorrente art. 19 da Constituição da OIT, ressalta a importante característica do *quorum* de deliberação, devendo ser aprovada por 2/3 dos delegados presentes à Conferência, o que teria levado Georges Scelle a entender

“que a vontade própria da Organização, pelos 2/3 dos delegados pre-

sentes, cria o ato-regra. A obrigação que o Estado assume, pela ratificação e promulgação da convenção, sempre segundo Scelle, por ser um elemento conexo, dependente deste mecanismo de criação de normas, é um simples ato-condição, vinculado à vontade jurídica expressa pela OIT, por força da votação majoritária dos 2/3” (LAFER, 1980, p. 332).

Segundo Lafer, “no que tange à convenção, a originalidade maior da OIT está no mecanismo da sua adoção pela regra dos 2/3, portanto, ato-regra, e a sua aprovação e ratificação posterior pelos Estados, como ato-condição” (Idem, ibidem). Diz, ainda, o mesmo autor que, por sua própria natureza,

“as recomendações não são ratificadas pelos países-membros da OIT, como acontece com as convenções, sendo por isso menos cogentes. Por essa razão, as recomendações frequentemente são, para usar a imagem a que recorre Vicente Marotta Rangel, a *soft law* que antecede a *hard law* da convenção” (Idem, ibidem, p. 331).

Ao estudar a natureza jurídica desses dois importantes documentos, João Mota de Campos (1999, p. 407-408) esclarece que as convenções da OIT se distinguem da generalidade das outras convenções internacionais por um traço significativo: o Estado não é obrigado a ratificá-la, mas, por força do art. 19, parágrafo 5º, da Constituição da OIT, as autoridades governamentais devem submetê-la para ratificação ao órgão nacional competente, o que não aconteceria com as recomendações, que não estão sujeitas a ratificação pelos Estados-membros, tendo apenas a finalidade de fornecer orientações aos Estados na condução da ordem interna e na adoção de legislação. Seriam diferentes, então, porque, enquanto a convenção é o “*instrumento da uniformização do direito sócio-laboral nos Estados que a ratifiquem*”, a recomendação seria “*instrumento da aproximação das legislações dos Estados que aceitem dar-lhe seguimento, implementando-a mais ou menos fiel-*

mente na ordem jurídica interna” (Idem, ibidem, p. 409).

Sobre a recomendação, de forma contundente, Evaristo de Moraes assinala que há igualmente expressa exigência de sua submissão à autoridade competente no direito interno, embora sem necessidade de ratificação formal. Sem esta, embora convertida em lei ou já estando a respectiva legislação interna em consonância com o seu texto, não fica o Estado-membro liberado dos relatórios anuais. Cabe-lhe informar periodicamente ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho (RIT) sobre o estado atual da legislação interna e das medidas tomadas para a sua efetiva aplicação (MORAES FILHO, 1995, p. 234).

Sempre no mesmo diapasão, Néstor de Buen precisa que as convenções, não obstante as distinções já assinaladas, equívalem a um tratado celebrado entre Estados; as recomendações são simples sugestões que se dirigem aos Estados para que, se forem aceitas, formule-se um encaminhamento legislativo nacional (1979, p. 390).

Já Mario de la Cueva leciona que o art. 19 da Constituição da OIT estabelece a diferença entre as convenções e as recomendações: a primeira é equivalente a um tratado celebrado pelos poderes executivos dos estados, e deve ser aceito ou rejeitado em seus termos, sem que possam introduzir-se nele modificações. Em contrapartida, a recomendação é uma sugestão que se dirige aos estados a respeito do que, se é aceita, se formule um projeto de lei, em harmonia com ela, para ser discutido pelo poder legislativo (1980, p. 36). De la Cueva resume ainda essas diferenças em uma fórmula que lhe parece apropriada: a convenção, ratificada pelo órgão competente do estado, transforma-se automaticamente em direito positivo, enquanto a recomendação necessita uma lei posterior que positivise seus princípios (1980, p. 36-37).

Examinando, em tese, as recomendações de caráter internacional, Quoc Dinh define-as: “A recomendação é um ato que emana,

um princípio, de um órgão intergovernamental e que propõe aos seus destinatários um determinado comportamento” (1999, p. 343). E cita a definição de recomendação proposta em 1956 por M. Virally: “resolução de um órgão internacional dirigida a um ou vários destinatários (e implicando) um convite à adoção de um determinado comportamento, ação ou abstenção” (DINH, 1999, p. 335). Aduz ainda, quanto a seu grau de coercibilidade, que a recomendação é um ato desprovido de efeitos obrigatórios. O sentido jurídico do termo coincide com o seu sentido corrente. Os seus destinatários não são obrigados a submeterem-se-lhe e não cometem infração no caso de não a respeitarem. Adverte, porém, sobre o valor normativo das recomendações:

“A falta de força obrigatória das recomendações não significa que não tenham qualquer alcance. Se fosse esse o caso, seria difícil explicar a obstinação dos debates que conduziram à sua adoção. O seu impacto político é muitas vezes fundamental e mesmo o seu valor jurídico não é de desprezar” (DINH, 1999, p. 252-253).

Quanto a seus efeitos jurídicos, lecionamos Dinh que certas recomendações beneficiam-se de efeitos jurídicos reforçados, embora permanecendo, em si mesmas, atos não obrigatórios. E explica: os meios de pressão indiretos aplicados para esse fim diferem conforme a aplicação que se deva proceder por parte dos Estados ou dos órgãos de organizações internacionais, e conforme o problema se põe num contexto de simples cooperação ou numa organização integrada. Tratando-se de Estados, o exemplo clássico é fornecido pelos atos das organizações competentes para adotar projetos de convenções sob a forma de recomendações” (p. 349).

Não é ocioso recordar o que diz o art. 19, item 6, alínea b, da Convenção da OIT:

“cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano a partir do encerra-

mento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a recomendação à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza”.

Detém-se aí certa flexibilidade da obrigação jurídica assumida, conforme diz Quoc Dinh: “as autoridades nacionais conservam plena liberdade de decisão sobre a oportunidade de transformar a recomendação em norma interna” (p. 349).

Imperioso relevar o controle *a posteriori* das recomendações, bem como o papel pioneiro da OIT sobre o tema, assim expressos nas palavras de Quoc Dinh:

“As técnicas mais utilizadas continuam a ser os processos de controle *a posteriori* apoiados na obrigação para os Estados de fornecerem relatórios periódicos, de responderem a questionários ou de explicarem as suas demoras perante órgãos políticos ou peritos... a OIT desempenhou um papel pioneiro a este respeito; a sua experiência generalizou-se (ONU, OCDE, OTAN, etc.) em domínios tão diversos como a proteção dos direitos do homem, a coordenação das políticas econômicas e o desarmamento” (p. 349).

5. A efetividade das recomendações da OIT no ordenamento jurídico brasileiro

O Brasil parece ainda não ter definido bem como devem ser recebidas as recomendações da OIT em nosso território. Tal situação pode ser verificada recentemente quando foi promulgada a Convenção nº 182, que trata da “Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação”. Com efeito, o mesmo Decreto que promulgou a Convenção nº 182 tam-

bém “promulgou”, por assim dizer, a Recomendação nº 190 e a publicou, em apenso por cópia¹.

Tal procedimento, como se viu, contraria a posição doutrinária predominante que diz ser a convenção um tratado, sujeito a ratificação, mas não a recomendação, que se constitui em convite à adoção de um projeto de lei, para que seja discutido pelo poder legislativo.

A confusão terminológica, ou conceitual, surgiu, aparentemente, porque tanto a convenção como a recomendação estariam a exigir sujeição aos Estados-membros e estariam passíveis a controle sistemático.

Quanto ao procedimento que incumbe pacticiamente aos Estados-membros, tem-se como assente que a convenção destina-se a ser encaminhada para ratificação (art. 19, item 5, alínea a, da Constituição da OIT); já a recomendação, sua efetivação deve-se dar por meio de lei nacional ou por qualquer outra forma ao alvitre das Nações, como estipula o art. 19, item 6, alínea a, da Constituição da OIT.

Quanto ao controle exercido pela Organização sobre as convenções e recomendações aprovadas pela Conferência Internacional e encaminhadas aos Estados-membros, observa-se que: a) quanto às primeiras, obtido o consentimento da autoridade competente, o Estado-membro comunica a ratificação ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e toma as medidas para efetivar as disposições; não havendo assentimento, nenhuma obrigação tem o Estado-membro, exceto informar o Diretor-Geral sobre a legislação e prática observada quanto ao assunto de que trata a comunicação (art. 19, item 5, alíneas d/e da Constituição da OIT); b) quanto às segundas, os Estados-membros dão conhecimento ao mesmo Diretor-Geral das medidas tomadas para submeter a recomendação à autoridade competente, e sobre a legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação, art. 19, item 6, alíneas c/d, da Constituição da OIT.

Não possuindo a recomendação *status* ou natureza jurídica de tratado, apresenta-se equivocada a invocação do art. 84, VIII, da CF/88, e a promulgação e publicação por Decreto Executivo conjunto da Recomendação e da Convenção.

Nesse sentido, aliás, pronunciou-se o Consultor-Geral da República Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, em parecer de 27 de março de 1968, no qual asseverou que “as Recomendações da OIT tratam de matéria de ordem social e não se destinam a criar compromissos internacionais... e devem ser submetidas aos órgãos técnicos do Ministério do Trabalho, os quais elaborarão projeto de lei a ser oferecido ao Congresso Nacional, se assim o entender o Poder Executivo”².

Já Rezek havia detectado essa incorreção no encaminhamento da recomendação, afirmando haver

“registro, na história recente do parlamento brasileiro, da aprovação de Recomendação da Conferência Internacional do Trabalho, mediante decreto legislativo (Dec. Leg. nº 51, de 30 de junho de 1974, aprovando a Recomendação nº 139, adotada na 55ª sessão da OIT). Não há inconveniente algum em que o governo envie ao Congresso o texto dessas recomendações, que pretendem operar como fonte de inspiração legislativa. O erro está em recebê-las como se fossem tratados, e em aprová-las por decreto legislativo, como que supondo possível a sua ratificação” (REZEK, 1984, p. 159).

A recente Exposição de Motivos nº 189, de 16 de junho de 2000, do Ministério das Relações Exteriores, encaminhada pelo Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores ao Senhor Presidente da República, esclarece bem essa questão:

“Foram encaminhadas em 1988 à apreciação do Congresso Nacional Recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho em diversas ocasiões, no período de 1962

a 1985. O Relator da mensagem na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado federal concluiu que não caberia o exame por aquela egrégia Comissão, uma vez que as Recomendações, diferentemente das Convenções da OIT, são meramente exortatórias e não possuem caráter impositivo e que devem, tão-somente, ser apresentadas às autoridades nacionais que podem legislar internamente sobre a matéria”³.

Ressalva o Ministro de Estado interino das Relações Exteriores que:

“Embora as Exposições de Motivos nº 10, de 14 de janeiro de 1987 e nº 102, de 14 de abril de 1987 que deram origem à mencionada Mensagem, tenham indicado que, nos termos do Artigo 19, parágrafo 6, inciso (d), da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as Recomendações não são consideradas documentos vinculatórios, mas deveriam ser submetidas às autoridades competentes, objetivando tão-somente que delas tomassem conhecimento, não há na Mensagem nº 165/1988 referência explícita de que não caberia aprovação legislativa da matéria”⁴.

Finalmente, submete o Ministro à apreciação do Presidente da República a Exposição de Motivos, acompanhada de Projeto de Mensagem ao Congresso Nacional:

“que solicita a suspensão da apreciação pelo Poder Legislativo de Mensagem nº 65/1988, pelo qual foram encaminhados os textos das Recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho, em diversas ocasiões, no período de 1962 a 1985”⁵.

De todo oportuna, pois, a exposição feita a respeito da recomendação que, embora se assemelhe, na forma de aprovação pela Conferência Internacional do Trabalho da OIT, *quorum* de 2/3, à convenção, com esta não se confunde, posto que Convenção da

OIT é igual a Tratado Internacional e Recomendação da OIT é um convite aos Estados-membros para que adotem as medidas nela preconizadas por intermédio de legislação nacional.

Por fim, as Resoluções e Conclusões de Reuniões Especiais, que também se constituem em normas emanadas da OIT, são consideradas por alguns autores como constitutivas de direito internacional do trabalho. Sobre o tema, leciona Balmaceda (1998, p.135-136) que:

“As resoluções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho representam, em geral, valiosas pautas destinadas a orientar aos Estados e à própria OIT em matérias de sua competência. Algumas têm dado lugar a árduas discussões no seio da Conferência; outras constituem verdadeiros princípios para os órgãos de fiscalização da OIT, como sucede, por exemplo, com as resoluções sobre a ‘Independência do Movimento Sindical’ e sobre ‘os Direitos Sindicais e Suas Relações com as Liberdades Cívicas’, adotadas, respectivamente, nas Conferências de 1952 e 1970”.

A essas normas devem agregar-se as conclusões das “Reuniões Especiais, todas destinadas a orientar por intermédio da OIT a política social dos Estados em aspectos específicos” (1998, p. 136).

6. Conclusões

A incontestável importância da efetividade das normas da OIT, no iminentíssimo momento de desconstrução de direitos e garantias trabalhistas a que assistimos, refulge na sempre presente lembrança de João Oreste Dalazen (2000, p. 242-243):

“a OIT somente ganhará maior expressão internacional à medida em que os padrões mínimos de proteção ao trabalho que aprovar estiverem atrelados em pactos de comércio global. Idealmente, é indispensável que a OIT e a Organização Internacional do Comércio (OMC) dêem-se as mãos

de modo a que no comércio internacional haja exigência efetiva das normas mínimas universais de proteção do trabalho”.

Se é certo que as convenções e recomendações da OIT, ainda que com diferentes graus de cogência, possuem sua importância maximizada no atual contexto internacional das relações de trabalho, haja vista os ventos e marés da globalização, não é menos certo que suas efetividades repousam na pronta e correta adesão que a comunidade internacional vier a lhes conferir. Estados que não incorporam ou que dão tratamento equivocado às normativas da OIT colaboram para a ruptura de um percurso civilizatório irrenunciável, diante do qual todos somos responsáveis.

Notas

¹ Decreto nº 3.597, de 12-1-2000. *Revista LTr*, v. 64, n. 9, p. 1214-1218. set. 2000.

² DOU de 18 de abril de 1968.

³ O texto da EM nº 189, DAÍ – MRE – PAIN, de 16-06-2000.

⁴ Texto antes citado.

⁵ Texto anteriormente citado.

Bibliografia

BALMACEDA, Manuel Montt. *Princípios de derecho internacional del trabajo*. 2. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

BUEN, Néstor de. *Derecho del trabajo*. 3. ed. México: Porrúa, 1979. Tomo 1.

CAMPOS, João Mota de. *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social*. São Paulo: Ltr, 1980.

CUEVA, Mario de la. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 6. ed. México: Porrúa, 1980. Tomo 1.

DALAZEN, João Oreste. Relatório de participação na 88ª reunião da conferência internacional do trabalho: Genebra, 2000. *Revista do TST*. Brasília. v. 66, n. 3, p. 242-243, jul./set. 2000.

DINH, Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain.

- Direito internacional público*. Tradução de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- FERREIRA, Francisco de Assis. *Lições de direito do trabalho*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1969.
- LAFER, Celso. *A organização internacional do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1980. (Obra coletiva Tendências do direito contemporâneo v. 3).
- MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução do direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Ltr, 1995.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1976.
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. *Lecciones de derecho internacional público*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.
- VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.
- WIONEZEK, M. *A integração latino-americana e a política dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Iniciação ao direito do trabalho*. Lisboa: Verbo, 19—.

Distrito Federal: Município ou Estado e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Leon Frejda Szklarowsky

Sumário

1. Considerações históricas. 2. Constituição vigente. 3. Natureza jurídica. 4. Conclusão.

1. Considerações históricas

A questão proposta não é cerebrina, nem meramente acadêmica, pois tem implicações muito importantes no campo das finanças públicas e nas relações com as unidades federativas.

A posição e a natureza jurídica da Capital do Império e, posteriormente, da República tem variado muito, desde o alvorecer do Brasil independente.

A Constituição imperial de 25 de março de 1824, introduzida pela Carta de Lei dessa mesma data, no artigo 72, fazia menção à Capital do Império e o Ato Adicional – Lei 16, de 12 de agosto de 1834 – no artigo 1º, registrava que a autoridade da Assembléia Legislativa da Província, onde estivesse a Corte, não compreenderia a Corte nem o seu Município.

João Barbalho, comentando a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (sic), advertia a necessidade de o Governo Federal ter sua sede em território neutro, que não pertencesse a nenhum dos Estados, para estar em sua própria casa. O artigo 2º da primeira Constituição republicana rezava que cada uma das antigas províncias formaria um Estado e o antigo Município neutro constituiria o Distrito Fede-

Leon Frejda Szklarowsky é professor, Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional aposentado, advogado e juiz de paz e arbitral da American Arbitration Association, de Nova York, Conselheiro e juiz arbitral da Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Distrito Federal.

ral, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se desse a execução da ordem prevista no artigo 3º, isto é, a mudança da Capital Federal para o Planalto Central. O parágrafo único fornecia um indicativo que não podia ser ignorado, ao determinar que, com a mudança, o Distrito Federal constituiria um Estado (1902, p.15-17, 135. Cf. também FERREIRA FILHO, 1967, p.77). O Congresso Nacional tinha competência privativa para legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, sendo administrado pelas autoridades municipais, cabendo-lhe as despesas de caráter local.

Rui Barbosa considerava-o um semi-estado ou quase-estado, visto que não tinha auto-organização nem participava, como os Estados, da qualidade de membro (1932, p. 39). Ensina Michel Temer que o Distrito Federal, na Constituição de 1891, sucedeu ao Município neutro (1982, p. 103 -).

Em 1934, a Constituição colocou o Distrito Federal entre os Estados e os Territórios, constituindo assim os Estados Unidos do Brasil. Fazia parte da união indissolúvel e perpétua dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Já em 1937, a Constituição Federal, enquanto o manteve como parte indissolúvel da união dos Estados e dos Territórios, paradoxalmente, determinou que a União o administrasse, enquanto sede do Governo da República, por meio de um prefeito nomeado pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal. A Lei Constitucional número 9, de 28 de fevereiro de 1945, ordenou que o Distrito Federal enquanto sede do Governo da República seria organizado pela União.

A Lei Máxima democrática de 1946, sucessora da Carta centralizadora de 37, alçou o Distrito Federal – Capital da União – à mesma posição dos Estados, como partícipe da União, ofertando-lhe autonomia relativa, ao permitir ao DF manter a Câmara de Vereadores, elegendo os legisladores, mas seu prefeito era nomeado, pelo Presidente da República, com a aprovação do

Senado Federal, e demissível *ad nutum* pelo Chefe do Executivo Federal. Elegia, porém, deputados e senadores. Com a Emenda Constitucional nº 2, de 3 de julho de 1956, o Distrito Federal passou a ser administrado por um prefeito eleito, pelo sufrágio direto, da mesma forma como o eram os vereadores. A capital situava-se no Rio de Janeiro, vindo a mudança para o planalto ocorrer em 1961, com o Presidente Juscelino Kubitschek. Pela Emenda Constitucional nº 3, de 8 de junho de 1961, porém, o Distrito Federal passaria novamente a ser administrado por um prefeito nomeado pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado da República, mas a Câmara seria eleita pelo povo, com as funções atribuídas pela lei federal. Esse diploma previu a eleição de representantes para o Senado Federal, Câmara dos Deputados e Câmara do Distrito Federal. Narra Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o Distrito Federal ficou sem representantes, por não haver o Congresso Nacional definido aquela eleição (1967, p. 78).

A Constituição de 1967 retrocede violentamente e, embora conceda ao Distrito Federal o *status* de partícipe, juntamente com os Estados e os Territórios, da República Federativa do Brasil, novo nome da República brasileira, deixando para trás a denominação anterior de Estados Unidos do Brasil, recusa-lhe a autonomia e assenta que a lei disporá sobre sua organização administrativa e judiciária, cabendo ao Senado as funções legislativas sobre matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração. Novamente, o Presidente da República detém a competência para nomear o Prefeito, depois da anuência do Senado. Não obstante, é-lhe atribuída competência para arrecadar os impostos atribuídos aos Estados e aos Municípios, da mesma forma que aos Estados não divididos em Municípios.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, mantém a mesma linha da Constituição de 1967, entretanto, essa Emen-

da é mais generosa que a Carta emendada e concede ao Distrito Federal o *status* de Estado *sui generis*, pois o Presidente da República nomeará um governador e não mais um prefeito.

2. *Constituição vigente*

José Afonso da Silva ensina que o Distrito Federal, atualmente, não é Estado nem Município, porém, de certa forma, é mais que Estado, mas diminuiu o tamanho político-institucional, porque algumas funções pertencem à União, como o Poder Judiciário, a Defensoria Pública, a Polícia e o Ministério Público. Todavia, reconhece-o como unidade federada, com autonomia parcialmente tutelada, abjurando a condição de autarquia, segundo sua concepção anterior (1990).

A Constituição vigente produz uma significativa revolução na natureza jurídica e política do Distrito Federal. A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e também do Distrito Federal. Eis a novidade alvissareira: não só o Distrito Federal, mas também os Municípios constituem parte da união. Compõem-na. É a nota indicativa do artigo 1º.

Não se trata de declaração meramente formal, visto que o artigo 18 lhe confere autonomia político-administrativa, como o faz com relação à União, aos Estados e aos Municípios, no mesmo pé de igualdade. Os Territórios, contudo, não passam de autarquia, porque integrantes da União. Embora não mais existam, poderão vir a ser criados.

3. *Natureza jurídica* ¹

Sem dúvida, o Distrito Federal, na nova feição constitucional, é uma unidade da Federação, conquanto sofra algumas restrições que lhe não fere absolutamente as características de Estado e de Município desenhadas pela Carta. *É um Estado e também um Município*. Daí a natureza singular, híbrida. A Carta veda sua divisão em municípios ². A Lei Orgânica do DF prevê a criação de

regiões administrativas, que integram sua estrutura administrativa, tendo em vista a descentralização administrativa, a utilização racional de recursos para o desenvolvimento sócioeconômico e a melhoria da qualidade de vida.

O Texto Constitucional oferece ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos Municípios e aos Estados, elegendo o governador, o vice-governador e os deputados distritais e tem representação no Congresso Nacional, assim que a Câmara dos Deputados se compõe de representantes do povo eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, enquanto o Senado Federal é integrado por representantes dos Estados e do Distrito Federal ³. O Senado Federal é a câmara representativa dos Estados federados, daí por que a Constituição atual, como o faziam as Constituições de 1969, 1967, 1946 e 1891, comanda que o Senado compor-se-á de representantes dos Estados e do Distrito Federal.

A autonomia está expressamente prevista no artigo 32, quando assegura que se regerá pela Lei Orgânica votada e aprovada pela Câmara Legislativa, de conformidade com os princípios da Constituição. Vale dizer: estão aí desenhadas as capacidades de auto-organização, autogoverno, auto-administração e autolegislação. A Lei Orgânica do Distrito Federal mandamenta que este integra a união indissolúvel da República Federativa do Brasil e, no pleno exercício de sua autonomia política, administrativa e financeira, reger-se-á por esse diploma, observados os princípios constitucionais. Brasília é capital da República e é também a sede do governo do Distrito Federal ⁴.

O Distrito Federal acumula as competências legislativas estadual e municipal. Exerce atividades atribuídas ao Estado e ao Município, ou seja, aquelas reservadas a este pelo artigo 30 e àquele, previstas no artigo 25 da CF.

O Poder Legislativo é exercido pela Câmara Legislativa, o Executivo, pelo Gover-

nador eleito e o Judiciário, pelos Tribunais e Juízes. Aqui, a anomalia ou o cochilo do constituinte, pois o artigo 22, inciso XVII, conferiu à União competência privativa para legislar sobre organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes. Sem qualquer justificativa plausível, cometeu um retrocesso imperdoável, com relação a esse Poder, o mesmo ocorrendo com os juizados especiais e a justiça de paz. Isso, porém, não macula a autonomia nem desmancha sua dupla posição ou identidade de Estado e Município.

A Constituição atribui competência à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para instituir os tributos previstos no artigo 145 (impostos, taxas e contribuições de melhoria, decorrentes de obra pública) e ao Distrito Federal também os impostos municipais. Este participa da repartição das receitas tributárias.

O artigo 169, alterado pela EC 19/98, alerta que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000, no artigo 1º, § 3º, alínea *b*, inciso II, define que a Estados se entende considerado o Distrito Federal.

É de se assinalar que a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao assemelhar o Distrito Federal ao Estado, simplesmente repetiu a Constituição, sem lhe retirar também as características de Município, no que concerne aos serviços municipais e competências que acumula. Não o fez e não poderia fazê-lo.

Se assim é, nada mais lógico que interpretar a lei, de forma inteligente, como quer Carlos Maximiliano, com apoio decisivo de Celso, Savigny, Salvat, Windscheid, Sutherland, Bozi, Berriat Saint-Prix, Fabreguettes e Bernardo Carneiro (1957, p.209-211), não podendo a exegese conduzir ao absurdo nem chegar a conclusão impossível, prefe-

rindo-se o sentido que se concilie com o resultado mais razoável e que melhor corresponda às necessidades da prática e seja mais humano e benigno, suave.

4. Conclusão

Na verdade, em se interpretando corretamente a Constituição, colocando o Distrito Federal na sua exata condição de Estado e de Município, não há o seu rebaixamento da posição de Estado para Município, como se tem propalado, nem se está ferindo o princípio fundamental da moralidade pública, um dos mais importantes e significativos princípios que norteia a Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É sem dúvida o mais notável de todos. Nem se lhe está emprestando privilégio indevidamente, já que este lhe advém da Carta Maior, quando lhe concede a dupla cidadania ou identidade.

A *quaestio* toda deve ser enfocada não pelo ângulo da injustiça ou da angústia ou da pessoalidade das situações criadas, senão tendo em vista o aspecto da constitucionalidade e da moralidade.

É um equívoco muito grande e sofisma imperdoável pretender que essa interpretação produz o rebaixamento do Distrito Federal, se este ostenta a qualidade dupla e, portanto, exerce a competência de ambas as entidades políticas e, mais, exerce as atividades de um e de outro ente, inclusive aquelas que dizem respeito ao peculiar interesse local. Assim, verifica-se que há um *plus* impossível de passar despercebido. Não legisla apenas sobre matéria estadual nem exerce somente atividades próprias do Estado, mas legisla também sobre matéria municipal e exerce atividades inerentes ao Município.

Com o maior respeito aos que divergem dessa opinião, ressalto que lei complementar ou ordinária não tem o condão de modificar a Constituição e rasurar a natureza dúplice que lhe foi delineada, por esta. Será

um contra-senso interpretar-se de maneira diversa. Ofertaria a Lei Máxima maiores atribuições sem lhe dar os meios respectivos? Não há como aceitar essa tese, por mais que se tente extrair da lei esse entendimento. Seria o mesmo que solicitar a alguém que compre dois produtos com recursos destinados a um só deles. Isso evidentemente contraria os princípios da lógica e do bom senso e até da matemática.

O legislador ordinário ou complementar não pode ultrapassar lindes traçadas pelo constituinte nem desvirtuar a natureza que a Constituição lhe fixa.

Destarte, a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Distrito Federal – Lei 2.573, de 27 de julho de 2000, está em perfeita consonância com a Constituição, quando enuncia, no § 2º do artigo 36, caber ao Poder Legislativo a parcela de seis por cento do limite de sessenta por cento da receita corrente líquida para a despesa total com pessoal do Distrito Federal, previsto na LC 102 cit⁵.

Notas

¹ Sobre o assunto, confirmam-se nosso Terracap: empresa pública local e não federal. *Revista de Di-*

reito Público, Revista dos Tribunais, 1982, volume 61, p. 93 –.MAYER Luiz Rafael *Revista de Direito Administrativo*, 125/15. PERTENCE, Paulo Sepúlveda. *Revista Doutrina e Jurisprudência do Tribunal do Distrito Federal*, v. 2, 1. sem. 1967. *Direito administrativo brasileiro*. MEIRELLES, Hely Lopes, Malheiros, 1992. Acórdão da 2ª Turma do STF. RE 61642 DF. *Revista de Direito Público*. 5/228 e Distrito Federal, de nossa autoria, Correio Braziliense, Direito & Justiça, 11 set. 2000.

² Cf. art. 32 da CF.

³ Cf. arts. 44 a 47 da CF.

⁴ Cf. artigos 1º, 2º e 6º da Lei Orgânica do DF.

⁵ Esse parágrafo fora vetado pelo Governador, não obstante, o Legislativo rejeitou o veto.

Bibliografia

BARBALHO, João. Constituição federal brasileira: comentários. Rio de Janeiro: Typografia da Companhia Litho, 1902.

BARBOSA, Rui. Comentários à constituição federal brasileira. São Paulo: Saraiva, 1932. Vol. 5.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1967.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

As alterações no contrato de aprendizagem: considerações sobre a Lei nº 10.097/2000

Bernardo Leôncio Moura Coelho

Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de aprendizagem; 3. A nova legislação: comentários. 4. Considerações finais.

É necessário deixar claro que a legislação por si só não pode impedir o trabalho infantil. A legislação não pode ser considerada um fim, mas o começo da aplicação de um conjunto de medidas a fim de controlar e erradicar o trabalho infantil. Ela constitui a consagração dos valores e compromissos da sociedade e por isso não tem valor se não for aplicada. (Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. Diretrizes para formulação de uma política nacional de combate ao trabalho infantil).

1. Introdução

A recente Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000, oriunda do Projeto de Lei nº 2.845/2000, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, do qual o Ministério Público do Trabalho participou ativamente da elaboração, alterou artigos da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei do FGTS, introduzindo modificações que buscam revitalizar e estimular o instituto da aprendizagem, consolidando as alterações promovidas pelas diversas leis publicadas após a sua primeira regulamentação.

A aprendizagem, desde as corporações de ofício, tem sido estimulada por todos os povos, pois que por meio dela preserva-se, de uma geração para outra, o conhecimento

Bernardo Leôncio Moura Coelho é procurador do trabalho da 15ª Região e Mestre em direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG.

dos ofícios. Nos dias de hoje, passou a ser necessidade para a perseguição de postos de trabalho, pois que o desenvolvimento tecnológico exige dos trabalhadores a detenção da mais variada formação profissional. No Brasil, essa preocupação também não é recente, tendo sido inserida expressamente no II PND (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1976, p. 44).

Possibilitar aos adolescentes a profissionalização, não apenas o mero tratamento assistencialista, significa investir no futuro brasileiro, pois que esses adolescentes farão parte da população economicamente ativa que produzirá as riquezas necessárias para o desenvolvimento sustentável de que tanto necessitamos.

Esse avanço no tratamento da questão, que revolucionou todo o pensamento legal dominante, foi consentâneo com a adoção, pela Constituição Federal de 1988, da teoria da proteção integral.

Segundo Cavallieri, havia três teorias que buscavam justificar a aplicação de leis para as crianças, a saber:

a - doutrina da proteção integral, partindo dos Direitos da Criança reconhecidos pela ONU, na qual a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais;

b - doutrina do Direito Penal do “Menor”, pela qual o direito só se ocupa do “menor” a partir do momento em que pratique um ato de delinqüência;

c - doutrina intermediária da situação irregular, em que os “menores” são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente (1979, p. 393).

Adotávamos, sob a égide da Lei nº 6.697/79, a doutrina intermediária da situação irregular, que era definida como o estado de patologia jurídico-social abordado por normas jurídicas por meio de diagnóstico – ou definição –, terapia – ou tratamento – e profilaxia – ou prevenção.

A denominação “menores em situação irregular”, inclusive, foi a escolhida pelo Ins-

tituto Interamericano da Criança, órgão da Organização dos Estados Americanos – OEA, no IX Congresso de 1948, realizado na Venezuela, que recomendou a adoção de normas adequadas a cada país na formulação de seus “códigos de menores”, os quais deveriam determinar as situações irregulares e as disposições tendentes a saná-las.

Campos lembra a oposição de Mendizábal Osés à posição brasileira, refutando-a por considerá-la feita sob uma perspectiva européia em que inexistente o problema do “menor” (1978, p. 88).

A doutrina da proteção integral, diferentemente das demais, concebe a criança como um sujeito de direitos, não mais mero objeto de ações assistencialistas, abordando a questão da criança como prioridade absoluta e a sua proteção como dever da família, da sociedade e do Estado.

Nosso estudo, como todo trabalho humano passível de erros e influenciado pela nossa leitura da realidade, tem como objetivo apresentar as alterações produzidas na aprendizagem após a edição dessa lei, que consolidou as mudanças legislativas ocorridas.

2. O conceito de aprendizagem

A aprendizagem foi definida como “o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze anos e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação”.

Convivemos, agora, com duas conceituações de aprendizagem, pois que o art. 62 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA já a definia como “a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da educação em vigor”, não tendo sido esse artigo revogado pela nova lei.

Nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, em seu art. 2º, § 2º, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Também, no artigo antecedente do ECA, há disposição no sentido de que “a proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta lei”.

A legislação especial a que se refere o art. 91 do ECA não é apenas aquela concernente ao trabalho em regime de emprego, nos moldes celetistas, mas todas aquelas que disciplinam o trabalho do adolescente, como é o caso da norma em comento, que trata da aprendizagem.

Qualquer divergência entre as normas não poderia ser analisada à luz da hierarquia, posto que ambas situam-se no mesmo plano, como leis ordinárias. Mas não há divergências a serem sanadas na aplicação das leis. A Lei nº 10.047 é uma lei especial que veio consolidar as disposições relativas à aprendizagem, não conflitando com as disposições constantes do ECA.

Aliás, toda interpretação do ECA deve ser feita tomando-se como parâmetro o art. 6º, no que é claro ao dispor que, “na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Limongi França vê na redação desse artigo uma repetição do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, “podendo-se, mesmo, afirmar que a parte final acrescentada, a saber, a alusão a ‘direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento’, concerne a *um realce de elementos* que já estão contidos nas duas expressões básicas da parte inicial da regra em apreço” (CURY, 1992, p. 38).

Ambas as definições estão centradas no caráter de formação técnico-profissional que

deve nortear o processo de aprendizagem, sendo aconselhável minudenciar esse conceito.

Para a UNESCO, ensino técnico-profissional pode ser conceituado como:

“o termo utilizado em sentido lato para designar o processo educativo quando este implica, além de uma formação geral, estudos de caráter técnico e a aquisição de conhecimentos e aptidões práticas relativas ao exercício de certas profissões em diversos setores da vida econômica e social. Como conseqüência de seus objetivos extensos, o ensino técnico e profissional distingue-se da ‘formação profissional’, que visa essencialmente a aquisição de qualificação prática e de conhecimentos específicos necessários para a ocupação de um determinado emprego ou de um grupo de empregos determinados”¹.

Para Oliveira, o ideal seria que os programas de aprendizagem, obedecido um projeto pedagógico, tivessem condições objetivas para inserir todos os adolescentes no mercado de trabalho senão inteiramente qualificados ao menos pré-profissionalizados (1994, p. 158).

Essa formação, como descrita no § 4º do art. 428, caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva, numa caracterização que já vem de longa data, como nos lembra Rosset (1963, p. 81-82): “no mesmo dia de sua entrada numa carpintaria, o aprendiz começa por aprender a levar lá para cima, no madeiramento da construção, o abastecimento alimentar de seus companheiros mais idosos; a aprendiz de costureira passa seu tempo de joelhos a reunir os alfinetes caídos no chão e o aprendiz de padeiro põe-se a percorrer as ruas circunvizinhas com uma pesada cesta de entrega nas costas”, implicando numa progressiva ampliação de suas atividades, até poder efetuar as atividades de um ofício.

Quanto a essas atividades, convém ser lembrado o alerta de Oliveira, no sentido

de que, “se o exercício de uma atividade, de uma função, não necessitar de passar por este processo complexo, ele não é passível de aprendizagem”(CURY, 1992, p. 186).

3. A nova legislação: comentários

Algumas alterações constantes dessa lei buscaram tão-somente adequar as normas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho ao novo delineamento constitucional.

A partir da publicação da Emenda Constitucional nº 20, a idade mínima para admissão ao emprego passou para dezesseis anos, com permissão para o ingresso com quatorze anos, desde que vinculado a um programa de aprendizagem.

Essa mudança, embora represente um avanço social, não reflete a realidade nacional, sendo a idade mínima superior, inclusive, ao que preceitua a Organização Internacional do Trabalho – OIT. O aumento na idade mínima apenas refletiu as mudanças no sistema previdenciário nacional, que extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço e instituiu idades mínimas para a consecução do benefício previdenciário, de sessenta anos para as mulheres e sessenta e cinco para os homens.

A intenção do legislador era retardar o ingresso dos adolescentes no mercado de trabalho, evitando que o tempo de contribuição se prolongasse em demasia.

A Convenção nº 138 consubstancia o último posicionamento da OIT quanto à idade mínima para admissão ao trabalho, preconizando a fixação da idade de quinze anos, com o objetivo de garantir escolaridade mínima durante o período de estudos.

Essa convenção representa um instrumento bastante flexível, contendo disposições que:

- permitem emprego ou trabalho de crianças em serviços leves, a partir de 13 anos de idade;

- permitem idades mínimas mais baixas (14 anos, em geral, e 12 anos para trabalho leve) no caso de países cuja economia e ser-

viços educacionais estejam insuficientemente desenvolvidos (pelo tempo que perdurar essa situação);

- permitem sejam excluídas da Convenção limitadas categorias de emprego ou trabalho, a respeito das quais surjam problemas especiais com sua aplicação (enquanto existirem esses problemas);

- autorizam Países-membros, cuja economia e serviços administrativos estejam insuficientemente desenvolvidos, a limitar, numa primeira etapa, o alcance da aplicação da Convenção, desde que aplicável, no mínimo, a mineração e pedreira; indústria manufatureira, construção; serviços de eletricidade, gás e água; serviços sanitários; transporte, armazenamento e comunicações; plantações e outros empreendimentos agrícolas explorados principalmente para fins comerciais (OIT, 1993, p. 6).

Ao adotarem idade inferior, os Países-membros deverão justificar a sua adoção em anexo à sua ratificação, devendo, porém, implementar elevação progressiva da idade mínima.

A fixação da idade de quatorze anos para a admissão como aprendiz, em qualquer atividade econômica, tem gerado problemas para o governo brasileiro ratificar a Convenção nº 138.

O motivo se baseia no fato de que o governo brasileiro é signatário da Convenção nº 58, revisada, que fixa a idade mínima para admissão em trabalho marítimo em quinze anos, gerando o choque entre os institutos, não permitindo a ratificação de nova convenção, pois que o Brasil aceita a admissão aos quatorze anos.

A inserção do adolescente no mercado de trabalho é matéria que não pode ser desconhecida por causa de sua complexibilidade. Valticos reconhece que a idade mínima legal de admissão ao trabalho depende, em grande medida, do grau de desenvolvimento econômico de cada país (1970, p. 444-445). Medidas que se pode qualificar de positivas, em um país desenvolvido, não o são em outro que se encontra em vias de desen-

volvimento, e essencialmente nocivas serão naqueles subdesenvolvidos, porque em um e em outro, os recursos humanos hão de orientar-se em sentidos diferentes (MENDI-ZÁBAL OSES, 1977, p. 344).

O adolescente poderá ser contratado como aprendiz desde os quatorze anos até os dezoito, pressupondo anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica, caso não seja adotada a AMPE, modalidade na qual não há entidade ministrando informações teóricas para o aprendiz no processo, apenas a própria empresa.

Garantindo ao aprendiz o salário mínimo hora, foi revogada a disposição contida no art. 80 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispunha ser devido ao aprendiz meio salário mínimo regional durante a primeira metade da duração máxima prevista para o aprendizado do respectivo ofício e, na segunda metade, pelo menos dois terços do salário mínimo regional.

Quanto a esse aspecto, da remuneração no período de aprendizagem, Martins defendia a tese de que o art. 80 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT não teria sido recepcionado pela Constituição Federal. “Entendemos, porém, que esse artigo foi derogado pela Constituição, pois esta estabelece no inciso XXX do art. 7º a proibição de diferença de salário por motivo de idade e não faz qualquer ressalva em relação ao aprendiz. Dessa forma, entendemos que o aprendiz, tanto na primeira metade do contrato, como na segunda, deve perceber pelo menos um salário mínimo” (MARTINS, 1994, p. 426).

Oliveira entende que a redução salarial do aprendiz atende à peculiaridade do contrato de aprendizagem e não à idade do adolescente, assim “a formação técnico-profissional pode ser tida como uma contrapres-

tação e, também, porque o aprendiz não gasta todo o tempo trabalhando e seu trabalho passa por etapas em que o rendimento é progressivo, seu salário pode sofrer uma redução” (19- -, p. 110).

No mesmo sentido de entendimento também trilha Sússekind, ao enunciar que “o menor aprendiz, na realidade, recebe salário-utilidade de grande valia e tem reduzida a duração normal do seu trabalho: ele se beneficia da formação metódica por conta do empregador ou de entidade de cujo custeio este participa, enquanto o tempo dedicado à prestação de serviço é reduzido na razão direta da sua presença nos cursos e práticas de aprendizagem” (1998, p. 387-388).

A questão do trabalho dos aprendizes é tão importante que a Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI destinada a apurar a responsabilidade pela exploração e prostituição infanto-juvenil, da Câmara dos Deputados, em seu relatório final, incluiu, no plano emergencial de atendimento à criança e ao adolescente, a “fiscalização da atividade dos ‘menores aprendizes’, para evitar sua exploração no mercado de trabalho [...]”².

Sendo o contrato por prazo determinado, não poderá ser estipulado por período superior a dois anos, revogando algumas disposições legais que estipulava alguns prazos de aprendizagem superior aos dois anos.

O contrato de aprendizagem não se aplica a todos os trabalhos, devendo a atividade estar inserida na relação constante de portaria do Ministério do Trabalho, que determina quais são as atividades sujeitas ao processo de aprendizagem.

Tendo em vista que o rol de atividades passíveis de aprendizagem encontra-se defasado em relação às atividades hoje desenvolvidas, a Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região propôs alterações a fim de implementar a aprendizagem metódica em outras atividades, proporcionando a profissionalização do adolescente trabalhador³.

No sentido de fazer-se uma completa revisão na listagem das atividades que demandem aprendizagem, posicionou-se La Rocca, ao analisar as disposições do art. 62, manifestando-se que “devemos flexibilizar o entendimento, considerando aprendizagem como a formação para o desempenho de qualquer função que possibilite o acesso do adolescente ao mercado formal de trabalho”(CURY, 1992, p. 189).

Não podemos nos posicionar favoravelmente a essa manifestação, pois que estaríamos abrindo as portas para uma possível fraude e jogando os adolescentes no mercado de trabalho em funções precárias que não possibilitariam qualquer melhora em sua situação.

Há duas formas de aprendizagem: uma escolar e outra empresária. Pela primeira, o adolescente realiza curso em escolas profissionais, realizando estágio em empresas; na segunda, temos uma relação empresa-empregado, quando o adolescente é submetido, no próprio emprego, à aprendizagem metódica.

Essa segunda será realizada quando para o ofício ou ocupação não existam cursos em funcionamento ou, havendo-os, não houver vagas ou curso na localidade.

Nessas hipóteses (não há vagas e curso na localidade), será emitido certificado atestando o fato, possibilitando à empresa fornecer a aprendizagem, nos termos do programa elaborado pelo SENAI, SENAC, SENAR ou SENAT.

A nova regração legal manteve a obrigatoriedade de contratação de percentuais de aprendizes, em percentuais que variam de cinco a quinze por cento, e, acertadamente, estipulou que este deverá ser tomado com relação a cada estabelecimento.

Exceção à regra acima são as microempresas, que estão dispensadas da obrigatoriedade de contratar aprendizes (art. 7º, do Decreto nº 90.880/85), as empresas comerciais com menos de 10 empregados (Decreto nº 8.622/46).

O legislador, contudo, perdeu a oportunidade para atualizar os valores das mul-

tas por descumprimento desse preceito, para reforçar o seu cumprimento. A sanção, segundo a doutrina, faz parte da norma mas, a partir do momento em que não mais se impõe como elemento inibidor da prática de não-realização da norma legal, significa a sua ausência.

O governo federal, dentro de sua política liberalizante, não mais executa multas que tenham valor globalizado inferior a R\$1.000,00 e a multa estipulada para as empresas que não cumpram a cota de aprendizagem situa-se em centavos, segundo o relato de alguns Auditores Fiscais do Trabalho.

Caberá ao Ministério Público do Trabalho – MPT, por meio da atuação de seu órgão agente, instaurar procedimentos para investigar tais fatos e, diante da recalcitrância das empresas, ajuizar competentes ações para o cumprimento da legislação, em face da sua competência institucional.

Quanto à competência do Ministério Público do Trabalho para a propositura dessas ações, a legislação é muito clara nesse sentido, como bem salientado em fundamentado artigo de Colucci, “[...] a Justiça do Trabalho é competente para dirimir todas as lides que tenham por objeto discutir relações de emprego, inclusive aquelas que se encontram forjadas em programas de trabalho educativo ou outros programas socioeducativos previstos no ECA. Importa apenas identificar a relação de emprego subjacente”(2000, p. 79).

Como previsto no art. 405, o trabalho do menor, em geral, não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola, reafirmando as disposições já constantes dos artigos 63 e 67 do ECA.

Da mesma forma com que a nova legislação contemplou todas as empresas com a cota de aprendizagem, que não mais se limita aos estabelecimentos industriais, de transporte, comunicação e pesca, foi efetuada alteração na legislação do FGTS, redu-

zindo a alíquota para dois por cento nos casos de contratação de aprendizes.

A proposta de redução de encargos para a contratação de aprendizes não é nova, já havendo manifestações nesse sentido⁴. É necessário lembrar, também, o lado social dessas contratações, pois que possibilitam a formação de mão-de-obra num contingente de pessoas que, na maioria das vezes, não tem acesso ao sistema de ensino em sua plenitude.

No art. 430, encontramos a mais substancial mudança no instituto da aprendizagem.

Numa análise histórica perfunctória, constatamos que desde o Decreto-lei nº 4.481, de 16.7.42, a aprendizagem sempre esteve vinculada ao Sistema “S”, atualmente composto por SENAI, SENAC, SENAR e SENAT, respectivamente, Serviço Nacional de Aprendizagem na Indústria, Serviço Nacional de Aprendizagem no Comércio, Serviço Nacional de Aprendizagem no Serviço Rural e Serviço Nacional de Aprendizagem nos Transportes.

Ao SENAI, criado pelo Decreto-lei nº 4.048, de 12.1.42, competia organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários (art. 2º), tendo como objetivo realizar, em escolas instaladas e mantidas, ou em cooperação, a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas da categoria econômica sob sua jurisdição (art. 1º, letra “a”, do Regimento Interno), enquanto ao SENAC, criado pelo Decreto-lei nº 8.261, de 10.1.46, competia organizar e administrar as escolas de aprendizagem comercial (art. 1º), objetivando a realização da aprendizagem comercial.

O SENAR foi inicialmente criado pelo Decreto nº 77.354, de 31.3.76, no âmbito do Ministério do Trabalho, e tinha por objetivo organizar e administrar os programas de formação profissional rural, sendo que esse decreto foi revogado. Posteriormente, foi recriado pela Lei nº 8.315, de 23.12.91, com o objetivo de organizar, administrar e executar o ensino da formação profissional rural

(art. 1º). O SENAT, criado pela Lei nº 8.706, de 14.9.93, como entidade de direito privado, tinha como objetivo gerenciar, desenvolver, executar e apoiar programas de aprendizagem (art. 3º).

Por meio do Decreto nº 31.546, de 6.10.52, manteve-se a vinculação ao Sistema “S”, prescrevendo em seu art. 2º que “entende-se como sujeito à formação profissional metódica de ofício ou ocupação, o trabalhador menor matriculado em cursos do SENAI ou SENAC ou em curso por eles reconhecido nos termos da legislação que lhes for pertinente”, mas se inovou ao permitir que a aprendizagem metódica pudesse ser feita no próprio emprego quando o ofício ou a ocupação não tenha previsão de curso em funcionamento e quando não houver vaga ou não houver curso mantido na localidade (art. 2º, § 1º, letras “a” e “b”).

Essa situação veio a ser disciplinada por meio da Portaria nº 127, de 18.12.56, estabelecendo que a aprendizagem metódica no próprio emprego “será como tal considerada se corresponde a um processo educacional, com o desdobramento do ofício, ou da ocupação, em operações ordenadas de conformidade com um programa, cuja execução se faça sob a direção de um responsável, em ambiente adequado à aprendizagem” (art. 2º), devendo a empresa satisfazer os requisitos mínimos de aprendizagem, com o auxílio do SENAI e do SENAC (art. 2º e Regimentos Internos do SENAI e SENAC).

A utilização da Aprendizagem Metódica no Próprio Emprego – AMPE, como se percebe da legislação, funcionava de forma supletiva ao Sistema “S”, mas vinculada aos seus métodos e conteúdos, razão pela qual tal procedimento não tenha tido sucesso na sua implementação, ficando a cargo das empresas do Sistema “S” a quase totalidade da formação dos aprendizes.

Santos, ao analisar o art. 60 do ECA, concluiu que:

“Uma visão, mesmo que panorâmica, sobre o sistema de formação profissional no País pode nos deixar per-

plexos e reafirmar a necessidade de fazer mudanças substanciais neste quadro. Desde Getúlio Vargas, quando se criou, em 1942, o SENAI e SENAC, se tem delegado à classe patronal a tarefa de formação de mão-de-obra especializada e necessária às indústrias e ao comércio. Hoje, estes dois órgãos detêm a exclusividade da formação ou da supervisão dessa formação profissional, e isso significa que o regime de aprendizagem só pode ser instituído sob sua chancela.

Por serem órgãos patronais, a formação propiciada, certamente, vai ao encontro de seus interesses. Além disso, a formação é excludente, pois, no caso dos adolescentes empobrecidos, os critérios rigorosos para o ingresso nos cursos limitam o acesso de uma grande parcela dessa população à formação profissional naquelas instituições” (CURY, 1992, p. 184-185).

Pudemos constatar essa realidade ao participarmos de seminário realizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, quando o representante do SENAI, após ser perguntado quanto ao custo de um curso, declinou o valor mensal de, aproximadamente, R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), valor superior ao salário mínimo⁵.

Nesse ponto, a nova redação do art. 430 demonstra toda a força de sua inovação, posto que vinculou a aprendizagem ao disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, como preceitua o art. 62 do ECA.

Com efeito, a Lei nº 9.424, de 24.12.96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no capítulo referente à educação profissional, prescreve em seu art. 40 que “a educação profissional será desenvolvida em articulação com o ensino regular *ou por diferentes estratégias de educação continuada, em instituições especializadas ou no ambiente de trabalho*” (grifos acrescidos).

Regulamentando essa disposição, por meio do Decreto nº 2.208, de 17.4.97, estipulou que:

“Art. 4º A educação profissional de nível básico é modalidade de educação não formal e duração variável, destinada a proporcionar ao cidadão trabalhador conhecimentos que lhe permitam reprofissionalizem-se, qualificar-se e atualizar-se para o exercício de funções demandadas pelo mundo do trabalho, compatíveis com a complexidade tecnológica do trabalho, o seu grau de conhecimento técnico e o nível de escolaridade do aluno, não estando sujeita à regulamentação curricular”.

Baseados nesses permissivos legais, incluíram-se as Escolas Técnicas de Educação e as entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, como entidades aptas a fornecer aprendizagem aos adolescentes, aumentando-se o leque de oportunidades.

Deixou-se claro, porém, que essas entidades deverão contar com estrutura adequada ao desenvolvimento dos programas de aprendizagem, de forma a manter a qualidade do processo de ensino, bem como acompanhar e avaliar os resultados (art. 1º do art. 430), em disposição similar àquela contida na Portaria nº 127, que disciplinou a AMPE.

Considero um avanço a inclusão das entidades que prestem assistência aos adolescentes, pois que, no âmbito do Ministério Público do Trabalho – MPT, desenvolvemos um programa de regularização dessas entidades ao disposto no ECA, contando com mais de 10.000 adolescentes regularizados no interior do Estado, área de abrangência da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.

Em análise acerca do trabalho educativo e aprendizagem, Dresch já manifestava a posição adotada pela legislação, ao propor que “a aprendizagem não se limitaria à da CLT (arts. 80 e 429), mas a tomaria como um paradigma, ampliando as suas possibilidades, quais sejam, que outras instituições

a ministrassem, como por exemplo Universidades Federais e Estaduais, CEFET's etc"(1999, p. 77).

Um aspecto que considero como positivo para o processo de aprendizagem foi o fato de não haver regulamentação curricular (art. 4º, do Decreto nº 2.208/97), pois assim as entidades que ministrem os cursos não se sujeitam mais ao Sistema "S".

A atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região para a regularização dessas entidades mereceu elogios do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONDECA e, também, da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o trabalho de crianças e adolescentes no Brasil, que assim assinalou no seu relatório final:

"23 (Programas governamentais e não governamentais de inserção de menores no trabalho) [...] A avaliação da legalidade dos programas deve contar sempre com a participação de representantes do Ministério Público do Trabalho. Nesse sentido, cabe mencionar o caso das Guardas Mirins de São Paulo onde foram registrados, apenas nos últimos seis meses, nas entidades ou nas empresas, cerca de 10.000 adolescentes com contratos baseados no art. 68 do ECA, com acompanhamento obrigatório de educadores e reforço escolar nos Municípios de [...]. A regularização é uma ação conjunta da Delegacia Regional do Trabalho de São Paulo e da Procuradoria do Trabalho da 15ª Região".

Esse permissivo legal fará com que o contingente de aprendizes cresça consideravelmente, proporcionando ao adolescente o ingresso no mercado de trabalho em condições mais satisfatórias, não apenas com a experiência de office-boy, nas suas experiências assistencialistas.

Inclusive, convém recordar que a função de office-boy, bem como as de empacotador e embalador, estão incluídas no Anexo II da

Portaria nº 28, de 4.1.58, como ocupações que não demandam formação profissional ou aprendizagem metódica, não se prestando ao intento legal de aprendizagem.

A importância da capacitação desses adolescentes se revela quando comparamos a taxa de desemprego ocorrida em sua faixa etária.

Segundo pesquisa da OIT, o desemprego entre as pessoas de 15 a 17 anos é quase o triplo do grupo de 25 e mais anos (1999, p. 27-28).

Se não existe o emprego, as oportunidades que surgem não se afiguram melhores pois, segundo estudo de Pochmann:

"Na década de 1990, registra-se um aumento das ocupações não assalariadas, ainda que insuficiente para atender a oferta de jovens que ingressam no mercado de trabalho a cada ano. Para grande parte dos casos, os postos de trabalho não-assalariados são precários, tendo em vista os baixos rendimentos, a instabilidade ocupacional, as altas jornadas de trabalho e a ausência de mecanismos de proteção social e trabalhista" (POCHMANN, 1999, p. 37-58),

concluindo que se verificou a piora das condições de acesso ao mercado de trabalho pelos trabalhadores das menores faixas etárias.

Essa preocupação com o ingresso do adolescente no mercado de trabalho sem a devida preparação também está presente nas considerações do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil:

"A qualificação profissional, principalmente de segmentos mais empobrecidos da população, de desempregados e de quem pretende entrar no mercado de trabalho, oferece oportunidades de inserção produtiva desde que estimulem o uso de metodologias e conteúdos mais flexíveis e adaptados às suas realidades e culturas.

Além da necessidade de proporcionar instrumentalização voltada

para ocupações específicas e questões gerenciais, é preciso considerar a questão da formação básica, o que remete para a alfabetização e para o reforço e aceleração escolar.

Conjugar qualificação profissional com elevação ou recuperação da escolarização básica impõe-se como essencial, uma vez que a educação possui hoje um caráter estratégico sob a ótica da cidadania e do acesso ao mundo do trabalho”⁶.

De acordo com o § 3º do art. 430, ficará a cargo do Ministério do Trabalho e Emprego a fixação de normas para avaliação da competência das entidades sem fins lucrativos que desenvolvam programas de aprendizagem.

Trata-se de norma em branco, que deverá ser completada por portaria ou outro regulamento legal, em que deverão ser individualizadas as normas para que a entidade possa desenvolver os programas, nos termos estabelecidos no § 1º.

Entendo que, apesar de se tratar de norma relativa à aprendizagem, a competência para ajuizar as ações competentes é do Ministério Público do Trabalho como já descrito e que o art. 4º do Decreto nº 2.208/97 estabeleceu que ela não está sujeita a regulamentação curricular, a competência para fixar essas normas não está bem colocada no Ministério do Trabalho e Emprego.

Acho que a competência para a fixação dessas normas deveria caber ao Ministério da Educação, pois que o próprio art. 62 do ECA, que primeiro definiu a aprendizagem e que serviu de parâmetro para a propositura da lei, determina que a aprendizagem deveria ser ministrada “segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor”.

No Ministério da Educação se encontram os especialistas em educação e que podem fornecer auxílio incontestemente aos especialistas em trabalho, alocados no Ministério do Trabalho e Emprego, formulando as normas para avaliação da competência da entidade para promover programas de

aprendizagem, cabendo a esse último a fiscalização das entidades.

Ressalto que esse posicionamento encontra-se amparado nas próprias disposições constantes na LDB (Lei nº 9.394/96).

Ao estabelecer, no art. 3º, inciso IX, que a garantia de padrão de qualidade deve ser um dos princípios do ensino; no art. 7º, inciso I, que o ensino é livre à iniciativa privada desde que exista avaliação de qualidade pelo Poder Público; e, no art. 9º, § 1º, ao criar na estrutura educacional o Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, atraiu para si o ônus de regulamentar o funcionamento do ensino no país, não havendo na legislação qualquer delegação.

É necessário também que haja uma fiscalização efetiva nessas instituições para acompanhar o desenvolvimento dos projetos de aprendizagem, como bem ressaltou Dal Rosso em estudo empreendido sobre o tema.

De acordo com Dal Rosso, a probabilidade de visita dos fiscais às empresas é de uma a cada três anos. Assim, “num intervalo de três anos, empresas podem ser criadas e encerradas. Como três anos é um valor médio, isto significa que inúmeros estabelecimentos jamais são sujeitos a qualquer inspeção do trabalho, prevalecendo as normas a critério dos empregadores, que é a parte mais forte”(1997, p. 38).

Dal Rosso nos fala, ainda, da existência de uma inspeção social, que deve preceder ou existir concomitantemente com a inspeção estatal. Ele critica o reducionismo que confere só ao Estado capacidade de vigilância sobre as condições de trabalho. Considera distorção o fato de não haver lugar para a sociedade civil na inspeção do trabalho (p. 11).

Buscando sempre o trabalho protegido para os adolescentes, característica nuclear do direito das crianças, estabeleceu-se, no projeto de lei, que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da entidade sem fins lucrativos implicará responsa-

bilidade da empresa onde se realizar a aprendizagem quanto às obrigações relativas ao período em que o menor esteve a sua disposição.

Ao sancionar a lei, porém, o Presidente da República vetou o parágrafo único do art. 431, sob o seguinte fundamento:

“É manifesta a incoerência entre o disposto no *caput* do art. 431 – que admite a contratação por intermédio da entidade sem fim lucrativo, estabelecendo que, neste caso, não haverá vínculo de emprego com o tomador de serviço – e a regra prevista no parágrafo único, que transfere a responsabilidade para o tomador de serviço caso a entidade contratante não cumpra as obrigações trabalhistas.

Ora, não faz sentido admitir a contratação por entidade interposta, sem vínculo de emprego com o tomador do serviço, e concomitantemente transferir para o tomador do serviço a responsabilidade decorrente da contratação.

Por outro lado, a supressão do referido parágrafo único não acarretará qualquer prejuízo aos trabalhadores, pois é pacífico o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços” (Enunciado nº 331 do TST).

Como salientado nas razões do veto, a exclusão do parágrafo único aprovado pelo Legislativo em nada altera a essência da proteção, pois que o entendimento de que o tomador dos serviços responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas, inclusive no caso de o tomador ser órgão público, é dominante na mais alta corte trabalhista do país.

Contudo, seria importante tal vinculação estar inserida na legislação, como no caso previsto no art. 16 da Lei nº 6.019, de 3.1.74, pois que a efetiva proteção aos traba-

lhadores adolescentes não ficaria apenas fincada em entendimento jurisprudencial.

Quanto à jornada de trabalho a ser desempenhada pelo aprendiz, ficou estabelecido, no art. 432, que ela não poderá exceder a seis horas diárias, vedando-se a prorrogação e a compensação de jornada. O § 1º permite a inclusão de mais duas horas, se o aprendiz tiver completado o ensino fundamental e desde que nelas sejam computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica, o que não nos parece adequado, posto que adotamos como ideal a jornada diária de seis horas para o aprendiz.

Se efetuarmos a comparação com o trabalhador adolescente, veremos que a este também é vedada a prorrogação, sendo possível o acréscimo de duas horas, com posterior compensação, ou até o máximo de doze horas, por motivo de força maior, com ressalva expressa de que o seu trabalho seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento.

É necessário ressaltar que, segundo o parágrafo único do art. 403, a jornada não poderá ser realizada em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

Apesar da advertência de Magano, trazendo a experiência argentina de redução da jornada de trabalho dos aprendizes para seis horas, que gerou, na prática, a eliminação da aprendizagem, entendo que a jornada do aprendiz não poderia ser maior do que as seis horas já delineadas.

Complementando essas disposições, o art. 63 do ECA vincula a formação técnico-profissional aos princípios de garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular, de atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e horário especial para o exercício das atividades.

O contrato de aprendizagem, por ser caracterizado como contrato por prazo determinado, extinguir-se-á ao término de seu prazo ou quando o adolescente completar dezoito anos.

Os incisos do art. 433 enumeram as hipóteses de extinção antecipada do contrato de aprendizagem, a saber: a) desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz; b) falta disciplinar grave; c) ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo; d) a pedido do aprendiz.

Quanto a essas hipóteses, convém ressaltar apenas aquela penalidade por falta disciplinar grave. Como a legislação não disciplinou o que seja a falta disciplinar grave, teremos de nos utilizar da analogia e entender que as hipóteses aplicáveis são aquelas descritas no art. 482 da CLT, que enumera as causas de ocorrência de justa causa no decorrer da execução do contrato de trabalho.

A hipótese de desempenho insuficiente já se encontrava descrita no revogado art. 432, que ainda abrigava a hipótese de frequência ao curso de aprendizagem, como formas extintivas do contrato.

Na ocorrência de qualquer dessas hipóteses, não haverá a aplicação do disposto nos artigos 479 e 480 da CLT, que tratam das indenizações devidas pelo empregador e pelo empregado decorrentes da ruptura antecipada dos contratos firmados a prazo determinado.

4. Considerações finais

A nova legislação, consolidando as alterações que se processaram no instituto da aprendizagem, abre novas possibilidades para que os nossos jovens adquiram capacitação para entrar no mercado de trabalho, e nele permanecer, para provocar uma ruptura no acesso apenas por meio de colocações precárias e sem intuito de profissionalização.

Essa situação vem sendo analisada pelo Ministério Público do Trabalho, que criou, por meio da Portaria nº 299, de 10.11.2000, a Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente, demonstrando a importância que o tema vem merecendo dentro de nossa instituição.

A experiência histórica demonstrou que o sistema de capacitação profissional montado pelos empresários (Sistema "S") não atingiu justamente a população excluída dos processos de ensino, fazendo-se necessária uma retomada de posição para corrigir o desvio que ocorreu.

Devemo-nos lembrar sempre que a profissionalização dos adolescentes é um dever, segundo o art. 227 da Constituição Federal, e que a carga é imposta a todos.

A LDB prestigia a formação profissional dos adolescentes e promoveu avanços que possibilitaram esse novo rumo tomado.

A nova legislação representa um avanço, mas é necessário que seja promovida uma mudança política também e que essas crianças e adolescentes não sejam jogados tão precocemente no mercado de trabalho, que lhes seja facultado continuar seus estudos, possibilitando-lhes o seu pleno desenvolvimento físico, psíquico, intelectual e moral.

Notas

¹ Glossário de Terminologia do Ensino Técnico e Profissional apud Oris de Oliveira (1994, p. 86).

² Relatório Final, p. 86.

³ Cf. Ofício/Gab nº 147/97.

⁴ Dresch, Mariane Josviak. (1999, p. 76-77). A autora faz referência ao Projeto de Lei do Senado nº 142/95 que criava programas de estímulo ao primeiro emprego.

⁵ Seminário de Combate ao Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente. Painel Formação Profissional. Anotações pessoais.

⁶ Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. Diretrizes para formulação de uma política nacional de combate ao trabalho infantil. p. 31.

Bibliografia

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A realidade brasileira do menor*: relatório. Brasília: Coordenação de Publicações, 1976.

_____. *Comissão parlamentar de inquérito da prostituição infanto-juvenil*: relatório final. Brasília, 1993.

- CAMPOS, Nuno de. Princípios de direito do menor. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. v.1, n. 2, p. 86-97, jul./dez. 1978.
- CAVALLIERI, A. Direito do menor: um direito novo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Ano 27, n. 21, p. 384-440, maio, 1979.
- COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *A proteção jurídico-constitucional da criança*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1993.
- _____. O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 31, n. 123, p. 259-266, jul./set. 1994.
- _____. A idade de ingresso da criança no mercado de trabalho. *Anais do 3º Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 38.
- _____. Características do contrato de aprendizagem. *Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 57-58.
- COLUCCI, Viviane. A atuação do ministério público do trabalho no combate ao trabalho infantil através dos fóruns temáticos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Ano 10, n. 20, p. 74-84, set. 2000.
- CURY, Munyr et al. (coords.) *Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- DAL ROSSO, Sadi. *A inspeção do trabalho*. Brasília: SINAIT, 1997. (Capítulo 9 do livro *A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de prometeu*).
- DRESCH, Mariane Josviak. Trabalho educativo e aprendizagem. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Ano 9, n. 18, set. 1999.
- FORUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *Diretrizes para formulação de uma política nacional de combate ao trabalho infantil*. 19- -.
- MENDIZÁBAL OSES, Luís. *Derecho de menores: teoría general*. Madrid: Pirámide, 1977.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Pela abolição do trabalho infantil*. Brasília: OIT, 1993.
- _____. Desemprego juvenil por níveis de educação, faixa etária e níveis de renda domiciliar no Brasil, 1990 e 1997. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Org.). *Desemprego juvenil no Brasil: em busca de opções à luz de experiências internacionais*. Brasília: OIT, 1999.
- OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho infanto-juvenil no direito brasileiro*. 2. ed. Brasília: OIT.
- OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.
- POCHMANN, Márcio. Emprego e desenvolvimento juvenil no Brasil: as transformações nos anos 90. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Org.). *Desemprego juvenil no Brasil: em busca de opções à luz de experiências internacionais*. Brasília: OIT, 1999.
- ROSSELET, J. *O adolescente e o trabalho*. Tradução de Daniel Innocentini. São Paulo: Paulinas, 1963.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- VALTICOS, Nicolas. *Droit International du Travail*. Publiés sous la direction de G. H. Camerlynck. Paris: Dalloz, 1970.

“Separação de poderes” no Estado federal norte-americano

Gilberto Bercovici

O Estado federal foi criado em 1787, com a sua adoção pelos Estados Unidos, recém-independentes da Inglaterra. O regime até então em vigor era o confederativo. Os termos “Confederação” e “Federação” foram utilizados na época indistintamente, de forma a poder causar alguma confusão. Os próprios Artigos Federalistas, de autoria de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay¹ (1987), costumam usar várias vezes os dois termos sem qualquer diferenciação.

Para evitar maiores dúvidas, traçaremos um esboço de como funcionava a Confederação norte-americana para a compararmos com o novo tipo de Estado que a sucedeu. A Confederação possuía um órgão político central, o Congresso, de caráter predominantemente diplomático, que carecia de autoridade própria, respeitando a absoluta independência dos Estados associados. Os representantes dos Estados se reuniam no Congresso para deliberar assuntos de interesse comum (na sua maioria, os ligados às relações e comércio internacionais). O Congresso era subordinado ao poder dos Estados, sujeitando-se ao seu poder de veto. Dessa maneira, as decisões só poderiam ser tomadas pela unanimidade dos treze Estados. As deliberações da Confederação tinham mais o caráter de recomendações do que propriamente o de leis, pois a sua execução era deixada a cargo dos Estados, que só respeitavam essas deliberações se as

Gilberto Bercovici é Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

consideravam adequadas aos seus interesses particulares. A Confederação, em suma, não passava de uma soma dos componentes políticos das antigas colônias inglesas, gerando um governo extremamente instável devido aos constantes impasses políticos.

Essa instabilidade fez com que se procurasse dotar o novo país de um governo efetivamente nacional. Representantes de praticamente todos os Estados se reuniram na Filadélfia, em 1787, para deliberar sobre a reforma dos Artigos da Confederação (a primeira Constituição americana). O resultado foi uma outra Constituição, que instituiu um novo modelo de Estado, o modelo federal, visto como capaz de garantir a unidade norte-americana. O federalismo reconheceu a identidade e a autonomia das treze ex-colônias e ofereceu um esquema de solução de eventuais conflitos ou controvérsias.

Escreveu Hamilton sobre a nova organização criada em 1787:

“The proposed Constitution, so far from implying an abolition of the State governments, makes them constituent parts of the national sovereignty, by allowing them a direct representation in the Senate, and leaves in their possession certain exclusive and very important portions of sovereign power. This fully corresponds, in every rational import of the terms, with the idea of a federal government” (Artigo n. 9).

A desconcentração do poder político deu-se com a existência de duas esferas de poder político: a federal e a estadual (os Municípios foram esquecidos nessa divisão de poderes, sendo deixados no âmbito da competência estadual). Uma esfera não é superior a outra. O que prevalece sobre ambas é a Constituição. Entretanto, a inexistência de hierarquia entre os entes federados não é absoluta. Em determinadas circunstâncias, o poder federal prevalece. A interpretação hoje dominante é a de que, nas hipóteses de competência concorrente ou em que não há elementos suficientes para uma

afirmação indubitável de competência, a que prevalece é a da União.

Alguns teóricos, como Alexis de Tocqueville, desenvolveram a teoria de que o Estado federal era dotado de dupla soberania: a federal e a dos Estados-membros. Tocqueville dizia que os Estados Unidos eram compostos por dois governos separados e quase independentes. Um, habitual e indefinido, cuidava das necessidades do cotidiano. O outro, excepcional e circunscrito, cuidava de certos interesses gerais: “O governo federal não passa, aliás, como acabo de dizer, de uma exceção: é o governo dos Estados a regra comum”.

Cada Estado, para ele, era uma pequena nação soberana. Inclusive, por possuírem soberania própria, Tocqueville (1987, p. 52-53, 92-94, 111, 115, 119-121, 128-130, 278-284) achava que os Estados tinham o direito à secessão, contrariando, assim, um dos pilares do sistema federal (a defesa da união indissolúvel dos Estados levaria, entre outros motivos, os Estados Unidos à guerra civil entre o Norte e o Sul em 1861). Os próprios autores dos *Artigos Federalistas* constantemente usam a expressão “soberania dos Estados”, mas cumpre ressaltar que essa utilização dá-se no sentido atual de autonomia, não de soberania. Na realidade, o único ente titular da soberania é a União. O Estado-membro é dotado apenas de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.

Na Federação norte-americana, como em todas as demais, prevaleceu o critério jurídico-formal no estabelecimento da estrutura federal, delimitando-se as esferas de atuação dos Estados-membros e da União. Essa delimitação, chamada de repartição de competências, é o ponto central do federalismo, pressuposto da autonomia dos entes federados. As unidades federadas recebem diretamente da Constituição Federal as suas competências, isto é, o reconhecimento de seus poderes conjugado com a atribuição de encargos. Não se trata de mera descen-

tralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com a exclusividade em relação a determinados assuntos. A União trata dos interesses gerais, os Estados dos seus próprios interesses regionais ou locais ou daqueles que são melhor tratados se delegados ao poder local.

Dessa forma, nos Estados Unidos de 1787, foram definidas com cuidado as atribuições da União e deixou-se o resto (a competência residual) para os Estados. Os principais objetivos a serem defendidos pela União seriam a defesa comum dos membros, a preservação da paz pública (contra convulsões internas ou ataques externos), a regulação do comércio com outras nações e a manutenção de relações políticas e comerciais com os países estrangeiros. Aos Estados caberia tudo aquilo de que não fossem explicitamente destituídos pela Constituição. As dúvidas seriam dirimidas pela Suprema Corte. A decorrência direta da repartição de competências é a distribuição das fontes de recursos financeiros para equilibrar os encargos e as rendas das unidades federadas. A forma norte-americana de repartição de competências, depois imitada pela maioria dos Estados federais surgidos posteriormente, foi assim resumida por James Madison, co-autor dos Artigos Federais, no Artigo 45:

“The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite. The former will be exercised principally on external objects, as war, peace, negotiation, and foreign commerce; with which last the power of taxation will, for the most part, be connected. The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the State. The operations of the federal government

will be most extensive and important in times of war and danger; those of the State governments, in time of peace and security. As the former periods will probably bear a small proportion to the latter, the State governments will here enjoy another advantage over the federal government. The more adequate, indeed, the federal powers may be rendered to the national defence, the less frequent will be those scenes of danger which might favour their ascendancy over the governments of the particular States”.

A questão da “separação dos poderes” foi a motivação de uma das mais severas críticas feitas à Constituição norte-americana no período de sua elaboração e ratificação. O tema é tratado nos artigos de número 47 a 51, todos de autoria de James Madison. Os críticos da Constituição de 1787 alegavam que esta não havia consagrado a “separação de poderes”, estando o poder distribuído de maneira desproporcional entre os diversos órgãos estatais, o que favoreceria o acúmulo do poder em uma só mão, ou seja, o estabelecimento de uma tirania (Cf. VASCONCELOS, 1994, p. 24-25).

Para Madison, essa crítica só poderia ser proveniente da má-interpretação da obra de Montesquieu. Afinal, o pensador francês nunca disse que os poderes não deveriam possuir qualquer ingerência parcial ou controle uns sobre os outros (Ver GRAU, 1996, p. 170-171). Além disso, a própria Constituição da Inglaterra, exemplo utilizado por Montesquieu, não consagrava a separação total e absoluta dos poderes². O que Montesquieu afirmou reiteradamente é a sua oposição à concentração de todo o poder nas mãos de uma só pessoa, que caracterizaria a tirania.

Destacamos, assim, o seguinte trecho do Artigo nº 47, de autoria de Madison:

“From these facts, by which Montesquieu was guided, it may clearly be inferred that in saying ‘There can be no liberty where the legislative and executive powers are united in the same person, or body of

magistrates’, or, ‘if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers’, he did not mean that these departments ought to have no partial agency in, or no control over, the acts of each other. His meaning as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the whole power of one department is exercised by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free constitution are subverted”.

Para os autores dos *Artigos Federalistas*, a Constituição norte-americana conseguiu evitar a concentração do poder em uma só mão, sem separar de forma total e absoluta os poderes do Estado. Não poderia ser diferente, pois não há, para eles, nenhum caso de algum Estado que tenha conseguido manter os vários poderes absolutamente distintos ³.

A chamada “separação dos poderes” não exigiria, assim, que os poderes legislativo, executivo e judiciário fossem inteiramente desvinculados uns dos outros. Na realidade, o essencial era, inclusive, a sua vinculação e interpenetração, realizadas de maneira que cada um dos poderes obtivesse o controle constitucional sobre os demais. A mera declaração escrita dos limites dos vários poderes não era suficiente (HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, artigo n. 48). O mecanismo encontrado na Constituição norte-americana foi, ao invés da separação total e absoluta dos poderes, a introdução do sistema de *freios e contrapesos* (*checks and balances*) (Ver VASCONCELOS, 1994, p. 29-33). Nas palavras de Madison:

“The only answer that can be given is that as all these exterior provisions are found to be inadequate the defect must be supplied, by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places” (1987, Artigo n. 51).

Os autores dos *Artigos Federalistas*, particularmente Madison, defendiam uma forma de governo que evitasse que as facções⁴ se tornassem maioria apta a controlar o Estado. O objetivo do bom governo seria o de garantir os bens públicos e os direitos privados contra as facções, assegurando ao mesmo tempo o espírito e forma do governo popular. Esse governo só poderia ser o governo republicano:

“The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens, and greater sphere of country, over which the latter may be extended” (1987, Artigo n. 10).

O grande desafio do governo republicano seria o de evitar que a natural supremacia do Poder Legislativo, enquanto poder mais próximo do povo, se transformasse em uma tirania da maioria ou de uma facção dominante (Ver HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, Artigos n. 48 e 51). Esse pensamento foi muito bem explicitado por Thomas Jefferson:

“All the powers of government, legislative, executive, and judiciary, result to the legislative body. The concentrating these in the same hands a precisely the definition of despotic government. It will be no alleviation that these powers will be exercised by a plurality of hands, and not by a single one. One hundred and seventy-three despots would surely be as oppressive as one. Let those who doubt it turn their eyes on the republic of Venice. As little will it avail us that they are chosen by ourselves. An elective despotism was not the government we fought for, but one which should not only be founded on free principles, but in which the powers of government should be so divided and balanced among several bodies of magistracy, as that no one could transcend their legal limits, without being effectually checked and restrained by the others. For this

reason that convention which passed the ordinance of government, laid its foundation on this basis, that the legislative, executive and judiciary departments should be separate and distinct, so that no person should exercise the powers of more than one of them at the same time" (1993, p. 221-223).

A democracia pura (para os autores da época, a democracia direta da Atenas clássica) se caracterizaria por um pequeno número de cidadãos que se uniriam e administrariam pessoalmente o governo, não resolvendo os malefícios advindos do surgimento das facções. Já a república teria a opinião do povo, portanto também a das facções, filtrada pelas assembleias. Além disso, a grande extensão da república dividiria a esfera de interesses: os interesses amplos e gerais seriam tratados na assembleia nacional e os interesses locais e particulares, nas assembleias estaduais (Cf. HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, Artigos n. 10 e 14).

Este é o ponto central da estrutura do Estado norte-americano e da sua democracia: a junção do mecanismo de freios e contrapesos (ou seja, repúdio à divisão total e estanque dos poderes) com o federalismo. Em outras palavras, a separação horizontal de poderes conjugada com a separação vertical, nenhuma de forma absoluta, mas de uma maneira equilibrada em que um poder controla o outro, tanto os poderes legislativo, executivo e judiciário como a União e os Estados.

Madison sintetizou essa fórmula no Artigo nº 51:

"In a single republic, all the power surrendered by the people is submitted to the administration of a single government; and the usurpations are guarded against by a division of the government into distinct and separate departments. In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate depart-

ments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself".

De acordo com o constitucionalista norte-americano Bernard Schwartz, o sistema constitucional norte-americano consagraria a fórmula tradicional da "separação de poderes" se fosse comparado ao sistema inglês, pois dividiria realmente o poder entre três órgãos distintos, ao contrário do que ocorre na Inglaterra (1996, p. 27-28). No entanto, afirma ele mais adiante:

"Admitir que a separação dos poderes estabelecida na constituição americana, conquanto indubitavelmente rígida segundo o critério inglês, é um 'conceito doutrinário a ser utilizado com rigor pedantesco', é porém aplicar de maneira completamente insensata a doutrina constitucional. É um erro pensar que tal doutrina divide o governo americano em três compartimentos estanques" (p. 28).

A "separação dos poderes" nunca precisou estar consagrada explicitamente, da forma tradicional, no texto constitucional norte-americano. A sua interpretação literal, consagrada na fórmula adotada pelo artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pelo artigo 2º da Constituição brasileira de 1988, nunca vigorou nos Estados Unidos. Inclusive, segundo Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, nunca foi aprovada proposta de emenda constitucional que propunha inserir explicitamente a existência de três poderes separados e distintos no Estado norte-americano (1994, p. 25).

O controle e dependência recíproca dos poderes, uns em relação aos outros, dotou os meios necessários para garantir a sua autonomia. A fórmula dos freios e contrapesos nunca precisou ser alterada no texto constitucional norte-americano, pois pôde ser adaptada a todas as mudanças econômicas e sociais da história dos Estados Unidos.

A diferença básica existente entre a “separação de poderes” no Brasil e nos Estados Unidos é o fato de essa haver sido adotada no nosso ordenamento constitucional por meio da interpretação literal e, ao nosso ver, equivocada de Montesquieu. Interpretação essa que, como vimos, não é a que fundamenta o sistema de freios e contrapesos norte-americano (Cf. GRAU, 1996, p. 168), cuja flexibilidade facilitou à Corte Suprema admitir como válidas inúmeras atuações do Poder Executivo (especialmente a partir do *New Deal* de Franklin Roosevelt) que poderiam ser consideradas atentatórias à interpretação clássica e literal da doutrina de Montesquieu⁵.

Assim, a chamada “separação de poderes”, implementada na Constituição 1787, por meio do mecanismo de freios e contrapesos, evitou que o debate sobre a capacidade normativa de conjuntura fosse travado nos termos em que ocorre no Brasil. Nos Estados Unidos, a discussão busca limitar formal e materialmente a delegação legislativa e o exercício de funções normativas pelo Executivo (Cf. SCHWARTZ, 1996, p. 348-354). Já no Brasil, a doutrina tradicional simplesmente ignora o problema, alegando sua total inconstitucionalidade frente à doutrina da “separação de poderes” (Cf. GRAU, 1996, p. 171-173).

Notas

¹ Devemos dar destaque aos artigos 9 e 10 (sobre as vantagens do novo tipo de governo); 30 a 36 (sobre tributação, em especial o nº 32) e 41 a 46 (sobre a repartição de competências entre a União e os Estados, particularmente o artigo 45).

² “On the slightest view of the British Constitution, we must perceive that the legislative, executive, and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, artigo n. 47).

³ “If we look into the constitutions of the several States we find that, notwithstanding the emphatical

and, in some instances, the unqualified terms in which this axiom has been laid down, there is not a single instance in which the several departments of power have been kept absolutely separate and distinct” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, artigo n. 47). Vide também SCHWARTZ, 1966, p. 28-29.

⁴ “By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1987, artigo n. 10).

⁵ Sobre a capacidade normativa de conjuntura do Poder Executivo, há diversas interpretações no Direito norte-americano. Uma das mais interessantes é a que trata do “poder executivo inerente”. De acordo com essa interpretação, o dever do Presidente em “zelar pelo fiel cumprimento das leis” inclui o poder de tomar todas as decisões necessárias e apropriadas para pôr em execução as leis, desde que isso não contrarie a Constituição. Esse poder incluiria a delegação implícita de autoridade legislativa autônoma para o Presidente promulgar decretos e regulamentos, mesmo que não tenha sido autorizado expressamente pelo Congresso Nacional (Cf. SCHWARTZ, 1996, p. 28-30, 33-35, 236-238 e 244-246).

Bibliografia

GRAU, Eros Roberto. Crítica da separação dos poderes: as funções estatais, os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, as leis-medida. In: *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Londres: Penguin, 1987.

JEFFERSON, Tomas. Notes on the state of virginia. In: *The life and selected writings of Thomas Jefferson*. New York: Modern Library, 1993.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 3. ed. São Paulo: EDUSP, 1987.

VASCONCELOS, Pedro Carlos B. de. *A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário: a crise regulatória*. Coimbra: Coimbra, 1994.

A disputa Embraer e *Bombardier* na Organização Mundial do Comércio

Amélia Regina Mussi Gabriel

Sumário

Introdução. Parte I: 1. Aspectos gerais da intervenção do Estado no domínio econômico. 2. O Estado brasileiro e a privatização das empresas estatais. Parte II: 3. A Embraer. 4. A disputa entre o Brasil e o Canadá. 5. Passo a passo na disputa. 6. PROEX. 7. Subsídios e a OMC. 7.1. Tipos de subsídios. 8. Mecanismo de solução de controvérsias. Conclusão.

Introdução

Durante os últimos anos, tem-se discutido as atividades da política de concorrência em dimensão internacional. A verdade é que a integração cada vez maior da economia mundial está a criar uma interdependência sem precedentes entre os diferentes países. Com o êxito das negociações da Rodada do Uruguai¹, no âmbito do GATT², que culminou na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), assistiu-se a uma aceleração da eliminação progressiva das barreiras comerciais. As empresas estão a beneficiar-se dessa abertura e tem-se verificado um crescimento significativo do volume de comércio.

Em muitos setores as empresas concorrem em mercados mundiais, ganhando maior dimensão e tornando-se multinacionais. Nos últimos anos, assistiu-se a uma série de “megaconcentrações” de empresas sediadas em diferentes partes do mundo, que criaram novas empresas de dimensões verdadeira-

Amélia Regina Mussi Gabriel é mestranda em Direito Comercial pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) e bolsista CAPES.

mente globais. Quando não se encontram já presentes em vários países, as empresas, especialmente nos setores de alta tecnologia, estabelecem alianças estratégicas (*joint ventures*) que lhes permitem penetrar nos mercados estrangeiros juntamente com parceiros internacionais.

Nesse sentido, o Brasil teve de acompanhar o ritmo da crescente globalização dos mercados, fortalecendo suas empresas, estimulando a exportação não apenas nos setores em que já haja relativa competitividade, mas também nos menos eficientes. No entanto, com a progressiva eliminação de barreiras comerciais decorrentes dos novos paradigmas econômicos da globalização, o Brasil deve continuamente adaptar sua política industrial, sem, porém, descuidar de um sistema eficiente de defesa da concorrência. Além disso, para uma melhor análise dos problemas de concorrência deve-se levar cada vez mais em consideração dados de mercados exteriores como os dos Estados Unidos e União Européia³, e, mais recentemente, do Mercosul.

As maiores oportunidades proporcionadas pela liberalização do comércio em termos de interpenetração dos mercados em todo o mundo poderiam ser gravemente minadas por comportamentos comerciais restritivos. Tais práticas podem ser desenvolvidas por empresas que procuram proteger seus mercados tradicionais, freqüentemente nacionais, de concorrentes estrangeiros.

Não é surpreendente que, nessas circunstâncias, os problemas de concorrência têm assumido enormes dimensões. Os comportamentos anticoncorrenciais, incluindo concentrações de empresas, práticas de *dumping* e utilização de subsídios à exportação, não conhecem fronteiras. Ao se permitir que esses comportamentos anticoncorrenciais não sejam controlados, não será exagerado afirmar que se poderá perder muitos dos benefícios alcançados em termos de abertura dos mercados em nível mundial.

Devido a essa relação de complementariedade entre comércio e política de concor-

rência, a OMC tem sido, principalmente na visão dos membros da União Européia, a organização multilateral mais apropriada para acolher esse enquadramento. Aliás, existem vários argumentos institucionais para eleger a OMC como o foro para a negociação e o estabelecimento de um marco internacional para regras de concorrência, de forma mais específica que a hoje existente⁴. Entre os mais importantes, destaca-se o fato de a OMC possuir a qualidade de instituição universal, podendo proporcionar uma resposta equilibrada tanto aos interesses de países desenvolvidos como de países em vias de desenvolvimento, embora para tanto seja necessário um melhor preparo desses países nas negociações. Por isso não se pode subestimar as vantagens proporcionadas à maioria da comunidade mundial no debate internacional de concorrência, nem as desvantagens de excluí-la.

No entanto, a criação de mais um sistema burocrático internacional para controlar a defesa da concorrência não constitui *per se* uma solução, haja vista o mosaico de ordenamentos jurídicos das nações do globo, sem mencionar ainda as disparidades gritantes nas áreas econômicas, sociais e culturais. Não resta dúvida quanto à complexidade temática levantada, sendo, portanto, profícuo estimular discussões.

A despeito disso, o Brasil vem sendo envolvido constantemente em litígios em fóruns internacionais devido, por um lado, à não observância dos Acordos e Tratados de que faz parte, sendo levado em conta principalmente o desconhecimento do sentido dessas normas e sua aplicação dentro da política industrial nacional.

Por outro lado, evidencia-se uma desigualdade na tratativa, por parte da OMC, dos interesses de países desenvolvidos, de forma a subjugar os dos países em desenvolvimento, quando, na verdade, a atitude da OMC deveria ser oposta.

Vencido tecnicamente em recente disputa na OMC envolvendo a prática de subsídios à exportação, entre a Embraer (Empre-

sa Brasileira de Aeronáutica S/A) e a *Bombardier*, concorrente canadense da empresa brasileira, o Brasil poderá sofrer retaliações do Canadá, que podem consistir em sobretaxas sob produtos outros que não necessariamente aviões, acarretando um desequilíbrio nas exportações do Brasil. Há, além do mais, o perigo de aquilo que deveria ser um instrumento de correção a uma prática desleal do comércio, tornar-se um mecanismo de distorção no mercado.

Caberá a este presente trabalho, embora de forma bem sucinta, demonstrar a importância de o Brasil estar preparado para reivindicar e defender-se perante as crescentes demandas internacionais referentes às questões do comércio, bem como aprofundar os estudos e os debates acerca de nossa política industrial, das instituições nacionais de defesa comercial e, principalmente, o bom entendimento das regras e perspicácia à época da elaboração das normas dos Acordos de que o país faça parte.

Dada a impossibilidade de exaurir-se em tão poucas linhas a temática proposta, optou o presente estudo em analisar em específico a polêmica disputa que envolve há mais de quatro anos as empresas de construção de aeronaves, Embraer e *Bombardier*, supramencionadas. Poder-se-á, assim, discutir questões de política de incentivo à exportação à luz do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.355/94 e regulamentado pelo Decreto nº 1.751/95, bem como entender o procedimento adotado para a resolução desses tipos de conflitos comerciais que envolvem nações.

Para tanto, proceder-se-á com um histórico breve sobre a intervenção do Estado na economia, bem como o sistema de privatização brasileiro, uma vez estarem esses intimamente ligados às questões analisadas posteriormente. Seguir-se-ão discussões acerca da disputa entre Embraer e *Bombardier*; uma breve análise do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, e algumas observações relativas ao

Programa de Financiamento às Exportações brasileiro utilizado pela empresa aérea nacional. Por fim, finalizar-se-á o presente trabalho com o esclarecimento procedimental adotado pela OMC para a resolução do conflito.

PARTE I

1. Aspectos gerais da intervenção do Estado no domínio econômico

O Estado liberal que emergiu da Revolução Francesa, e que predominou durante o século XIX, operou uma dissociação bem clara entre a atividade econômica e a política, deixando as questões ligadas ao mercado fluírem naturalmente, regido pelo que foi denominado de “mão invisível”.

Nesse sentido, Adam Smith verificou, em 1776, que:

“... de acordo com o sistema de liberdade natural, o soberano tem somente três deveres a cumprir; três deveres de grande importância, na verdade, mas claros e inteligíveis ao senso comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de administração da justiça; em terceiro lugar, o dever de erigir e manter certas obras públicas e certas instituições públicas que nunca será do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número de indivíduos erigir e manter; porque o lucro jamais reembolsaria as despesas para qualquer indivíduo ou número de indivíduos, embora possa freqüentemente proporcionar mais do que o reembolso a uma sociedade maior”(1811, p. 42).

Assim, a Revolução Industrial foi presidida pelo princípio fundamental da abstenção do Estado nas relações de tipo econômico. No entanto, durante todo o transcorrer do século XIX, importantes transformações

econômicas e sociais vão profundamente alterar o quadro em que se inserira esse pensamento político-jurídico. As implicações cada vez mais intensas das descobertas científicas, que se processam com maior celeridade a partir da Revolução Industrial, e o aparecimento das gigantescas empresas fabris, trazendo a formação de grandes aglomerados urbanos, exigirão, paulatinamente, que o Estado vá, cada vez mais, abarcando maior número de atribuições, intervindo mais assiduamente na vida econômica e social, para compor os conflitos de interesses de grupos de indivíduos (VENANCIO FILHO, 1998, p. 8).

Do ponto de vista doutrinário, o crescimento das escolas socialistas e o aparecimento, em 1848, do Manifesto Comunista de Karl Marx indicam o eclodir de novas concepções políticas, opostas às até então existentes, mas cuja vigência prática só ocorreria bem mais tarde.

A esses fatores, que já por si só alterariam profundamente a concepção do papel do Estado no domínio econômico, acrescenta-se, já no século XX, o aparecimento das economias de guerra, o que exigiu a mobilização de todas as suas atividades econômicas para esse objetivo, acarretando, indiretamente, o alargamento das atribuições do Estado.

Após a Primeira Guerra, ocorre a grande depressão de 1929, que se espalhou pelo mundo inteiro. Por isso, a formulação econômica que o célebre John Maynard Keynes elaborou para o combate às grandes depressões representa, para Adolf Berle,

“a racionalização e os fundamentos da doutrina de que um Estado organizado, (...), pode estabilizar, estimular e dirigir o rumo de sua economia sem apelar para a ditadura e sem substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo. Assim, Keynes recriou a concepção de que a economia e a política estão indissolúvelmente ligadas” (In: VENANCIO FILHO, 1998, p. 11).

Com o fim da Guerra Fria (denominação dada ao confronto ideológico-político-econômico entre as duas superpotências pós-Segunda Guerra Mundial, EUA e URSS e seus Estados satélites), novos países e novas fronteiras redesenharam um novo mapa-múndi. O fenômeno denominado “globalização” materializou-se por meio das evoluções tecnológicas e do surgimento de um novo sistema capitalista, agora quase que totalmente homogêneo, conhecido como “capitalismo de idéias”. De fato, o “Estado-faz-tudo” de Keynes praticamente desapareceu do cenário mundial.

Os grandes fluxos de investimentos das grandes empresas fizeram com que o Estado perdesse quase que totalmente seu papel protagônico como condutor da atividade econômica, substituindo a estatização burocrática pela privatização absoluta.

2. O Estado brasileiro e a privatização das empresas estatais

Acompanhando as tendências mundiais de internacionalização das economias, o Brasil busca inserir-se nesse processo de transformação por meio da promoção do desenvolvimento via descentralização, desburocratização e reorientação das atividades do setor público. É nesse contexto que surgiu o Programa Nacional de Desestatização Brasileiro (PND).

O programa brasileiro de privatização foi instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97. Aquela lei se restringia às alienações de empresas controladas pelo Estado. O BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social), juntamente com uma comissão Diretora vinculada diretamente ao Presidente da República, é responsável pela condução do processo de privatização de acordo com a citada lei. Recentes medidas deram um novo impulso ao programa, trazendo para o interior dessa estrutura concessões de empresas públicas⁵.

A necessidade de privatizar empresas públicas decorre da crescente demanda da sociedade por programas de bem-estar e da exagerada importância dada ao Estado, no passado, como balizador do processo de desenvolvimento, o que exigiu receitas fiscais cada vez maiores, sobrecarregando o setor público. Como resultado, surgiu um “Estado inchado”, excessivamente controlador e burocrático.

Historicamente a origem da presença do Estado brasileiro na atividade produtiva esteve associada à proposta de um rápido crescimento por meio da industrialização; com sua falência, criou-se um abismo no crescimento sustentado. Daí o surgimento da necessidade de privatização das empresas controladas direta ou indiretamente pela União.

Tanto o governo quanto os investidores privados obtiveram ganhos com as privatizações. Assim a Embraer, que leiloadada em sete de dezembro de 1994, obteve como receita da venda o valor de US\$192,2 milhões, e US\$263,4 milhões de dívida transferida, resultando a privatização em termos numéricos em US\$455,6 milhões⁶.

PARTE II

3. A Embraer

Em 1899, quatro anos antes de Willbur e Orville Wright voarem em um aparelho mais pesado que o ar, em Kitty Hawk, Carolina do Norte, Alberto Santos Dumont, um brasileiro, pilotou um dirigível que decolou da pista do Aeroclube da França, circulou a Torre Eiffel e retornou para sua base em 29,5 minutos. Foi um percurso de 11 km. Em 1906, diante de várias testemunhas e grande multidão em Paris, Santos Dumont foi agraciado com a Taça “Prêmio *Archdeacon*”, ao voar em um aparelho motorizado, mais pesado que o ar, por cerca de 250 metros.

Embora o pioneiro da aviação fosse brasileiro, a indústria aeronáutica no Brasil somente foi implantada com determinação há 20 anos.

Há pouco mais de cinco anos, a Embraer encontrava-se endividada, como quase toda estatal, oscilando entre o encerramento das atividades ou a privatização.

Finalmente privatizada em 1994, investindo na modernização da fábrica e na compra de equipamentos, a Embraer consolidou-se no mercado internacional e alcançou o topo da lista dos exportadores brasileiros de manufaturados. Consegue sobressair-se mundialmente num mercado sempre associado a países detentores de alta tecnologia.

Em 1998, ela foi a segunda maior exportadora brasileira, “não parando, a partir daí, a crescer no ranking mundial dentre as superstars do tipo Boeing e Airbus” (IGNATOS, 1999, p. 126). Em recente estudo divulgado pela Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), a Embraer configurou em 1999 como a décima empresa exportadora da América Latina, entre as duzentas maiores⁷. O sucesso das aeronaves civis e militares⁸ projetadas e fabricadas pela Embraer, e exportadas para países de todos os continentes, faz da indústria a sexta maior do mundo.

A Embraer foi a primeira indústria de aviação a elaborar um projeto de jato para aviação de transporte regional de passageiros, na segunda metade da década de oitenta. Salvo o jato FOKKER 100, só transitavam nessa faixa à época aviões turboélice, fabricados inclusive pela Embraer. Entretanto, a empresa ainda estava em poder público, o que lhe causava uma desvantagem pela ausência de verba para investir em tecnologia.

Foi devido a esse atraso que a canadense *Bombardier* tornou-se pioneira no mercado de jatos regionais. A empresa, que fabricava aparelhos de *jet-ski*, entrou no mercado de aviação apenas em 1985, quando comprou do governo canadense a *Canadair*. Em seguida, implementando um arrojado programa de fusões, lançou a linha de aviões regionais *Canadair*, em 1992, e passou a dominar esse nicho do mercado de aviação.

O projeto da Embraer só se efetivou após a privatização, sendo lançado em 1996 e mostrando-se extremamente competitivo.

Quando foi lançado, o ERJ, nome dado ao jato regional brasileiro, possuía as seguintes vantagens: o peso de duas toneladas a menos que o rival canadense, economia no combustível e o custo operacional 15% menor; além de um preço US\$2,5 milhões menor⁹. Veio, assim, a tomar espaço no mercado internacional, ameaçando de vez o monopólio da empresa canadense.

Os aviões montados pela Embraer tomaram o lugar dos calçados como o primeiro item na pauta de exportações para os Estados Unidos em 1999 e no primeiro trimestre de 2000¹⁰. A empresa, que desbancou a Companhia Vale do Rio Doce como maior exportadora brasileira, vendeu no mercado americano US\$ 1,1 bilhão, com um aumento de 39,25% em relação a 1998 (US\$ 833 milhões). Segundo os dados oficiais da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), dos dez maiores clientes do País, a Embraer só vende para os Estados Unidos, Inglaterra, França e Alemanha¹¹.

Gavião Peixoto foi a cidade paulista escolhida para receber a nova unidade da fábrica de aviões, que gerará novos 4.500 empregos, além dos 8.700 já existentes¹². Somente a Embraer vai empregar três mil pessoas na unidade. Outras quatorze empresas fornecedoras devem instalar-se na região e vão gerar mais 1.500 empregos. A nova fábrica, no total de quatro, demandará US\$150 milhões para produzir aviões militares e parte da linha do ERJ-170 e ERJ-190¹³.

Tanto a Embraer quanto a *Bombardier* estão investindo mais de US\$ 1 bilhão numa nova linha de aviões de 70, 90 e 108 lugares, para satisfazer a crescente demanda por jatos pequenos, além de intenso investimento em marketing¹⁴. A estimativa é de que esse tipo de jato representará 25% de todos os aviões comerciais a serem vendidos nestes próximos dez anos¹⁵.

4. A disputa entre o Brasil e o Canadá

Brasil e Canadá travam, desde 1996, uma batalha na disputa do mercado de ae-

ronaves com capacidade para cerca de 50 passageiros. De um lado, a Embraer, que detém o monopólio da indústria aeronáutica brasileira e que conta com o apoio do Programa de Financiamento das Exportações (PROEX), do Governo Federal; do outro, a *Bombardier*, cujo governo canadense teria criado fundos para facilitar as exportações e manteria participação acionária na empresa.

O primeiro conflito ocorreu em setembro de 1996, quando a Embraer venceu a concorrência para fornecer 200 jatos à empresa americana *Continental Express*. A *Bombardier* acusou a concorrente de usar o subsídio do PROEX para baixar o preço das aeronaves. Nessa época, o Canadá solicitou à OMC pedido de consultas com o Brasil.

Apesar da queixa, os negócios da empresa canadense iam de vento em popa. Em abril de 1997, o ministro das Relações Exteriores, Luiz Felipe Lampreia, apresentou formalmente reclamação à Organização Mundial de Comércio (OMC), acusando o Governo canadense de subsidiar a produção das aeronaves da *Bombardier*. Segundo o ministro, mesmo com o sistema de equalização de juros no financiamento das aeronaves, a taxas inferiores às praticadas no mercado internacional, a Embraer ficou em desvantagem.

Para recuperar o prejuízo, o Governo acionou, ainda em 1997, os ministérios da Aeronáutica e da Indústria e do Comércio para garantir que a Rio-Sul e a Interbrasil-Star, que pertence à Transbrasil, dessem preferência ao jato EMB-145, da Embraer, em detrimento ao modelo RJ, similar fabricado pela *Bombardier*. Segundo especialistas, os dois aparelhos têm as mesmas vantagens e desvantagens técnicas. A diferença estaria no preço: o modelo brasileiro custava cerca de US\$ 2 milhões menos. Para a *Bombardier*, a escolha da EMB-145, pela Rio-Sul, foi resultado de uma barganha política: o Ministério da Aeronáutica teria cedido dois horários de operações aéreas na linha Brasília-Aeroporto Santos Dumont à Rio-Sul em tro-

ca da compra dos aviões da Embraer. A Rio-Sul negou o acordo, mas em outubro começou a operar no Santos Dumont. No caso da Interbrasil-Star, o receio de que a opção pela *Bombardier* (com a qual já tinha praticamente feito um acordo) tornasse difíceis as relações entre a Transbrasil e o Governo federal (o que poderia significar até uma devassa fiscal nas contas da empresa) pesou na escolha do EMB-145. A empresa canadense perdeu US\$ 300 milhões com o cancelamento da venda.

Em junho de 1997, a empresa brasileira fechou o maior contrato comercial da sua história, com a venda, que poderia chegar a US\$1 bilhão, de 42 EMB-145, de 50 lugares, para a *American Eagle*, uma subsidiária da *American Airlines* que opera rotas regionais americanas. Outras 25 unidades do EMB-145 poderiam ser adquiridas no futuro pela empresa americana. À época, o vice-presidente de planejamento da *American Eagle*, Peter Pappas, disse que a escolha do equipamento da Embraer foi devido à sua eficiência e capacidade.

Outro fator predominante foi a facilidade proporcionada pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), que ofereceu aos compradores condições de financiamento iguais às do Canadá. Em retaliação, a *Bombardier* cancelou a compra de 24 aviões Super-Tucanos da concorrente brasileira, que seriam repassados para a Organização do Tratado do Atlântico Norte (Otan). A Embraer deixou de faturar cerca de US\$ 100 milhões.

No início de 1998, a Rio-Sul mandou aviões da Embraer para sua subsidiária nas Ilhas Cayman. Importou de lá para garantir financiamento do BNDES a taxas reduzidas. Diante desse quadro, a *Bombardier* adotou a tática de tirar pessoal altamente qualificado da Embraer. A disputa gerou um estremecimento diplomático entre o Brasil e o Canadá, pondo em xeque vários itens da agenda comercial firmada entre os dois países e dificultando a aproximação canadense do Mercosul. Os países solicitaram o es-

tabelecimento de um painel (*panel*) na OMC sobre a concessão de subsídios. Em março de 1999, a OMC determinou que Brasil e Canadá suspendessem os incentivos às exportações. A Embraer e a *Bombardier* recorreram contra a decisão. Em agosto, a OMC ratificou sua decisão.

Diante das insatisfações mútuas de implementação da decisão da OMC, as duas empresas requisitaram, em novembro, a abertura de um novo processo.

Pelos relatórios distribuídos em maio e julho de 2000 pela Organização Mundial do Comércio, as mudanças que teriam de ser feitas nos programas de financiamento às exportações dos dois países não foram suficientes em satisfazer às normas internacionais de comércio.

Após uma série de desentendimentos, resta ao Brasil, uma vez vencido oficialmente na disputa, fazer compensações comerciais ao Canadá ou sofrer retaliações no montante de US\$1,39 bilhão, durante o período aproximado de cinco anos.

5. Passo a passo na disputa ¹⁶

Em 18 de junho de 1996, o Canadá solicitou, junto ao Organismo de Solução de Controvérsias (OSC)¹⁷ da OMC, que fossem celebradas consultas com o Brasil, baseado no artigo 4 do Sistema de Solução de Controvérsias (SSC)¹⁸ e artigo 4, §1¹⁹, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC)²⁰ que descreve procedimentos especiais para reclamações referentes aos subsídios proibidos.

O governo canadense, estimulado pelo forte *lobby* do Grupo *Bombardier*, alegou que os subsídios à exportação outorgados pelo PROEX aos compradores estrangeiros das aeronaves brasileiras produzidas pela Embraer são incompatíveis com o artigo 3²¹ e com os parágrafos 4²² e 5²³ do artigo 27 do Acordo supramencionado²⁴.

Canadá e Brasil realizaram consultas em 22 e 25 de julho do mesmo ano, em Genebra, porém não acordaram de forma satisfatória.

Houve várias tentativas para alcançar um consenso, porém, devido à dificuldade de atingi-lo, em 23 de julho de 1998, o Órgão de Solução de Controvérsias estabeleceu um painel de acordo com o artigo 4 do Acordo sobre Subsídios. A União Européia e os EUA reservaram-se o direito de participarem como terceiros interessados.

Por sua vez, o Brasil também entrou com processo semelhante, em separado, após também terem sido fracassadas as tentativas de consultas entre as partes, contra possíveis subsídios recebidos pela *Bombardier* por meio da *Export Development Corporation* (EDC), agência criada para incentivar as exportações daquele país, pelo *Canada Account* e pelo *Technology Partnerships Canada* (TPC) – o principal programa de incentivos e em que se concentram os subsídios à *Bombardier*. Seu pedido alega a incompatibilidade de tais medidas canadenses com o artigo 3 do Acordo SCM, que trata de subsídios proibidos.

Dessa forma, em 10 de julho de 1998, baseado no artigo 4, §4²⁵, do Acordo sobre Subsídios e artigo 6, §1⁰²⁶, do Sistema de Solução de Controvérsias, o Brasil solicitou o estabelecimento de um painel contra o Canadá, pedido esse concedido pelo Órgão de Solução de Controvérsias em 23 de julho do mesmo ano²⁷. Novamente, a UE e os EUA reservaram-se o direito de participarem como terceiros interessados.

A petição brasileira foi encaminhada ao grupo de três panelistas (*panelists*) designados pelo Diretor-Geral da OMC para julgar o caso. A referida petição vem a sustentar, baseados nos artigos 3, §1, e 3, §2, do Acordo sobre Subsídios, que: a) os empréstimos, as garantias de empréstimo e as injeções de capital, estas últimas efetuadas por meio de participação acionária em empresas estabelecidas para facilitar a exportação de aeronaves, feitas pela *Export Development Corporation* (EDC), são condenados pela OMC; b) vultosos recursos originários de um fundo secreto, conhecido como *Canada Account*, têm sido utilizados para subsidiar ilegalmente

as exportações da *Bombardier*, franqueando financiamento para operações de venda consideradas de risco ou de grandes dimensões; c) subsídios proibidos têm sido concedidos sob o programa *Technology Partnership Canada* (TPC), um programa de financiamento a atividades de pesquisa e desenvolvimento, para a produção do avião CRJ de 70 lugares; d) aquisição pela *Bombardier*, em bases não comerciais, de 49% de participação acionária estatal da empresa fabricante de aeronaves *De Havilland Inc.* foi, à luz do Acordo sobre Subsídios da OMC, ilegalmente subvencionada pelo Governo da Província de Ontário; e) o Governo da Província de Quebec outorga uma ampla variedade de subsídios proibidos à empresa *Bombardier*, que tem sede em Montreal, capital daquela Província.

Por outro lado, a defesa brasileira, formulada por uma equipe que reuniu representantes de diversos órgãos do Governo e membros de escritórios de advocacia da Embraer, argumentou que as taxas de juros oferecidas no mercado internacional para financiamento de operações que envolvem o Brasil trazem embutida uma parcela de “Risco Brasil”, a qual é apenas parcialmente neutralizada pela equalização do PROEX. Argumentou também que a equalização do PROEX não concede vantagem material e, portanto, não constitui violação das regras da OMC.

Os textos dos relatórios finais dos painéis foram entregues dia 12 de março de 1999 aos Governos do Brasil e do Canadá, circulando para os demais Membros daquela entidade, em 14 de abril de 1999.

O painel estabelecido para exame dos programas canadenses confirmou apenas duas das cinco teses brasileiras de que são concedidos subsídios proibidos ao setor aeronáutico daquele país. Foram nesse sentido condenados os subsídios dados ao amparo do programa conhecido como *Technology Partnership Canada* –TPC e da chamada *Canada Account*. O painel considerou tais medidas incompatíveis com os parágra-

fos 3.1, (a), e 3.2 do acordo, mas desconsiderou a alegação do Brasil de que a assistência fornecida pela EDC ao ramo de produção canadense de aeronaves de transporte regional era um caso de subsídio à exportação, por insuficiência de provas. Recomendou o comitê de investigação, portanto, a retirada dos subsídios condenados, no prazo máximo de noventa dias²⁸.

Quanto à ação movida pelo Canadá, o painel examinou os pagamentos efetuados, ao amparo do PROEX, a título de equalização, em operações específicas de financiamento de exportações do setor aeronáutico. Foi acolhida a tese canadense, concluindo o painel que as medidas brasileiras eram incompatíveis com os artigos 3, §1, (a), e 27, §4, do Acordo de Subsídios. Assim, embora reconhecido como país em desenvolvimento, o Brasil não cumpriu os requisitos do art. 27, §4, ou seja, não atuou de forma a diminuir ou eliminar seus subsídios à exportação. Ainda considerou que os subsídios à exportação por meio do PROEX não eram permitidos devido à alínea *k*²⁹ do Anexo I, referente à Lista Ilustrativa de Subsídios à Exportação. Foi recomendada, igualmente, a retirada dos subsídios, no prazo de noventa dias³⁰.

Em 3 de maio de 1999, as partes notificaram à OMC suas intenções de apelar determinadas interpretações jurídicas formuladas pelo comitê de investigação. Vale ressaltar que o Canadá apelou apenas do programa TPC. O Órgão de Apelação³¹, então, reexaminou o caso, sendo que seu relatório circulou a todos os membros em 2 de agosto de 1999³².

O Órgão de Apelação manteve a íntegra das determinações do painel que condenou o TPC. Em última instância, o Brasil conseguiu provar que, sob a égide do TPC, o Governo canadense conferiu mais de US\$ 250 milhões à *Bombardier* em subsídios ilegais para a produção de seus jatos regionais. O Órgão de Apelação confirmou que aquele programa deveria ser colocado em conformidade com as normas da OMC em noventa dias contados a partir da adoção do rela-

tório pelo OSC (prazo máximo permitido pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias), adoção essa que se deu em 20 de agosto³³.

Também o Órgão de Apelação criticou a sonegação de informações por parte do Canadá, que alega “questões de confidencialidade”, sobre os financiamentos concedidos pelo EDC nas vendas de aeronaves regionais da *Bombardier*. Os membros que examinaram a apelação brasileira chegaram a indicar que, em geral, os painéis deveriam expressamente recordar às Partes do contencioso que eventual recusa de oferecer as informações solicitadas podem resultar em inferências sobre a natureza incriminatória dos dados sonegados. Entretanto, o Órgão de Apelação afirmou não estar habilitado a reverter as decisões dos painéis sobre o EDC, uma vez que competência está restrita ao exame de “matéria de fato”. Acrescentou que sua incapacidade de reverter a decisão do painel não impediria o Brasil de apresentar nova reclamação contra o Canadá³⁴.

No que se refere às alegações canadenses contra os pagamentos efetuados pelo Brasil a título de equalização de taxas de juros em operações de exportação de aeronaves, o Órgão de Apelação reverteu uma importante decisão do painel relativa à interpretação da alínea *k* do Anexo I do Acordo de Subsídios. O painel havia determinado que o mecanismo do PROEX é, sob qualquer forma, incompatível com as disciplinas da OMC. O Órgão de Apelação reverteu essa interpretação e considerou que esse mecanismo não fere as regras do Acordo de Subsídios por não conceder a “vantagem de monta” prevista em seu Anexo I, alínea *k*, mas desde que obedecidos determinados parâmetros. Ou seja, o Brasil não poderia oferecer subsídio que tornasse os juros inferiores aos praticados no mercado. Caberia ao Brasil, portanto, efetuar os ajustes necessários na regulamentação do PROEX, de forma a tornar o programa plenamente compatível com os Acordos da OMC³⁵.

O Órgão de Solução de controvérsias, em

20 de agosto de 1999, adotou a decisão do Órgão de Apelação.

Em 18 e 19 de novembro, respectivamente Brasil e Canadá submetem ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) as implementações das recomendações do Órgão na disputa³⁶.

Para adequar o PROEX às recomendações da OMC, o governo brasileiro promoveu a redução nos percentuais de equalização das taxas de juros dos financiamentos. O Banco Central brasileiro divulgou uma portaria fixando em até 2,5% (o percentual era de 3,8%)³⁷ o percentual máximo de equalização de taxas de juros do PROEX. Já o Conselho Monetário Nacional (CMN) definiu os novos critérios das operações do sistema para equilibrar as subvenções do programa, dispondo que, nos financiamentos às exportações de aeronaves para aviação regional, a equalização será estabelecida operação por operação.

Já o Canadá promoveu uma reestruturação dos dois programas condenados pela OMC – o *Technology Partnership Canada* (TPC) e o *Canada Account*. Em relação ao TPC, o pagamento do financiamento passaria a estar sujeito ao êxito tecnológico, e não mais à venda da aeronave. Na Conta Canadá, os empréstimos agora só seriam concedidos em uma operação que estivesse em conformidade com os níveis de mercado.

Entretanto, em 23 de novembro, os governos dos dois países se declararam “insatisfeitos” com as medidas adotadas pelos concorrentes e solicitaram o acionamento do Comitê de investigação para dar a palavra final sobre o assunto.

Em 9 de dezembro de 1999, o OSC decidiu, de acordo com o artigo 21, §5, do SSC³⁸, “reconvocar” o painel para examinar se as recomendações foram implementadas corretamente ou não. Restaria às partes apenas esperar pela nova resolução. Austrália, UE e EUA reservaram seus direitos de participarem no painel como terceiros interessados.

O governo do Canadá confirmou em

Genebra que, na visão de Ottawa, para implementar a decisão do OSC, o Brasil deveria retirar o subsídio sobre a exportação de 900 aviões já vendidos, mas que ainda não foram entregues, desde que a OMC considerou ilegal a taxa de equalização de juros³⁹. Ou seja, na interpretação canadense, o Brasil só respeitará integralmente as decisões da OMC de pôr fim às subvenções à Embraer se revir os subsídios nos contratos de venda até aquele dia, e não apenas adequar o sistema PROEX.

À princípio, as decisões na OMC não são retroativas. O Brasil tinha 90 dias de prazo para mudar o PROEX, ou seja, a aplicação da recomendação da OMC só poderia vir a ser questionada a partir do dia 18 de novembro. Mas boa parte dos especialistas resigna-se a dizer que é questão de interpretação.

Entregues às partes em 28 de abril de 2000, e circulados para os demais países membros da Organização em 9 de maio de 2000, os relatórios com as recomendações dos painéis “reconvocados” para examinar a adequação das medidas implementadas pelos dois Governos às recomendações anteriores apresentaram os seguintes resultados:

1. No relatório *Canadá – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*⁴⁰, o OSC concluiu que este país implementou satisfatoriamente as recomendações do referido órgão à reestruturação do programa TPC; mas falhou no tocante ao *Canada Account*⁴¹.

Nessa ocasião, o Canadá sugeriu ao OSC, baseado no art. 19, §1⁴², do SSC, que o mencionado órgão estabelecesse um “procedimento de verificação” da conformidade do programa *Canada Account* com as regras do Acordo sobre Subsídios, o que também valeria para o Brasil.

A resposta brasileira foi no sentido de não ser bem esse o espírito do artigo em questão, sendo o ideal que as partes chegassem a um acordo dessa natureza sem imposições por parte da OMC. A tese brasileira foi endossada pelo OSC.

2. No relatório *Brazil – Export Financing*

*Programme for Aircraft*⁴³, a conclusão do OSC foi no sentido de que as medidas efetuadas pelo Brasil para adequar o PROEX ao Acordo sobre Subsídios não foram satisfatórias⁴⁴. Além disso, condenou os contratos de venda de aviões celebrados pela Embraer antes do dia 18 de novembro, já que o entendimento do referido órgão é no sentido de que o subsídio é aplicado na exportação, ou seja, no momento da entrega.

A partir desta data, começou a correr prazos para eventuais ações futuras das partes, seja na forma de solicitação de autorização para suspender concessões, seja na forma de apelação⁴⁵ das novas recomendações, nos termos do art. 16, §4, do SSC⁴⁶ e art. 4, §8, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias⁴⁷.

No mesmo dia do recebimento oficial do relatório, o Governo canadense, tendo em vista os prejuízos ocasionados pelos contratos celebrados pela Embraer na venda de aviões com o uso do PROEX, mesmo após sua condenação, anunciou a intenção de encaminhar ao Órgão de Solução de Controvérsias pedido de “contramedidas” comerciais com o declarado objetivo de interromper a corrente de comércio no sentido Brasil – Canadá por um período de sete anos⁴⁸, com prejuízos drásticos para as relações bilaterais.

Note-se que tal decisão, ditada pela exclusiva determinação de exercer pressão sobre a outra parte, afigurou-se ainda mais intempestiva por representar um desrespeito ao acordo denominado de “*sequencing arrangement*”, em que as partes acordam entre si os prazos nos quais as ações podem ser tomadas na seqüência do processo. Dessa forma, somente se procederia a novas ações relativas à solução da disputa quinze dias após a data da divulgação dos relatórios, ou seja, em 24 de maio corrente.

Sem prejuízo do que precede, o Brasil manteve sua oferta, sendo esse um direito como Membro da OMC, de acordar com o Canadá uma emenda ao “*sequencing arrangement*”. Em prazos mais dilatados, os dois

países poderiam concertar formas de assegurar a conformidade da assistência recebida pelas empresas com as recomendações emanadas dos painéis em relação a contratos futuros e/ou compromissos. Uma dessas formas poderiam ser, por exemplo, concessões tarifárias, que resultem em benefícios de acesso para outros setores que participam do comércio bilateral⁴⁹.

Em seguida, em 22 de maio, o governo brasileiro formalizou pedido de apelação à OMC para que o órgão revisse a decisão que condenou o programa brasileiro e a autorização de retaliações por parte do Canadá, além de dispor-se a discutir com o governo canadense a garantia de cumprimento dos contratos assinados.

O Canadá, por sua vez, apelou em mesma data, mas novamente apenas em relação ao TPC.

O Brasil argumentou em seu pedido ao Órgão de Apelação que o impacto no comércio ocorre no ato da venda e não quando o produto é entregue ao comprador, daí não ser obrigado a responder pelas vendas realizadas até dia 18 de novembro, prazo final dado pela OMC (Organismo de Apelação) para serem feitas as mudanças aos sistemas de financiamento à exportação, conforme mencionado.

O mais provável seria que, de acordo com o relatório preliminar da disputa aeronáutica, fosse recomendado para o Brasil alterar a taxa de referência internacional para equalização de juros do PROEX – bônus do Tesouro dos Estados Unidos para dez anos mais 0,02% ao ano – considerada abaixo das taxas normais de mercado, portanto, subsidiada. A taxa dada como referência foi a utilizada pela OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

A Embraer almejava garantir ao menos condições idênticas de financiamento, já que os canadenses reconheceram que operam com juros abaixo da CIRR (*Commercial Interest Reference Rates*, taxa básica de juros da OCDE). Podendo o Brasil apenas baixar a

taxa até a CIRR, é evidente que o desequilíbrio estrutural no mercado continuará, caracterizando o tratamento desigual para país em desenvolvimento⁵⁰. Vale destacar a incoerência em adotar as regras de uma Organização de países ricos da qual o Brasil não faz parte.

Nas reuniões em julho no Canadá, os negociadores brasileiros e canadenses conseguiram fazer um “pré-acordo”, que fixaria uma pauta de negociações e prazos para encerrar a disputa. Assim, o Canadá deveria retirar temporariamente as queixas contra o Brasil na OMC até exaurir o prazo final para o acordo, estimado para o final do ano.

Com base nessa decisão, Canadá e Brasil discutiriam compensações que seriam oferecidas para que os canadenses aceitassem manter as vantagens do PROEX para aviões da Embraer já encomendados e ainda não entregues. Um dos pontos mais difíceis das negociações travadas foi a exigência dos canadenses de que o Brasil aceite um “monitoramento” externo, idéia essa já registrada no relatório do painel “reconvocado”, para evitar que sejam recriadas, com outro nome, as vantagens do PROEX condenadas pela OMC. Os dois países se comprometeriam a criar uma fórmula para garantir a confiança mútua (“*confidence building*”).

Entretanto, o acordo não foi levado a termo. Poucos dias depois, em 21 de julho, o Órgão de Apelação da OMC divulga seu relatório. Com um estudo de 32 páginas sobre o PROEX – Programa de Financiamento às Exportações, o relatório da OMC confirmou que o Brasil deve reformar novamente o programa, pois não retirou os subsídios dados à exportação de aeronaves regionais no prazo de 90 dias – que expirou em 18 de novembro de 1999. De acordo com o mesmo, o país viola as regras da OMC ao continuar colocando bônus no mercado para garantir os subsídios aos aviões não entregues até aquela data:

“Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación: a) confirma la conclusión del Grupo Especi-

al del párrafo 5 del artículo 21 de que, como consecuencia de la continuación de la emisión por el Brasil de bonos NTN-I después del 18 de noviembre de 1999 en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas antes de dicha fecha, el Brasil no ha aplicado la recomendación del OSD de que retire las subvenciones a la exportación prohibidas en el marco del PROEX en un plazo de 90 días; y b) confirma las conclusiones del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado están prohibidos por el artículo 3 del Acuerdo SMC y no están justificados en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa, y por lo tanto confirma la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que el Brasil no ha aplicado la recomendación del OSD de que retire las subvenciones a la exportación para las aeronaves regionales en el marco del PROEX en un plazo de 90 días”⁵¹.

Quanto ao relatório do pedido de apelação canadense, decidiu-se que houve um erro em não analisar o argumento brasileiro de que o Programa revisado TPC é incompatível com o art. 3, §1, a), do ASMC. No entanto, decidiu-se que, por falta de demonstração brasileira de que o programa revisado estivesse incompatível com o referido artigo, impossibilitou-se provar que o Canadá não tivesse implementado a decisão do OSC

“Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación constata que el Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 incurrió en error al abstenerse de examinar el argumento del Brasil según el cual el programa revisado del TPC es incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC debido a que la asistencia del TPC está orientada específicamente a la rama canadiense de producción de aeronaves de transporte regional debido a la orientación a la exportación de esa rama. No obstante, el Órgano de Apelación constata que el Brasil no ha

*demostrado que el programa revisado del TPC sea incompatible con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC y, en consecuencia, no ha demostrado que el Canadá no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD*⁵².

O Brasil pretende negociar compensações comerciais com o Canadá, pois assim, em vez de o Canadá restringir as exportações brasileiras⁵³, o Brasil facilitaria as importações canadenses.

Em 10 de maio, o Canadá, conforme o artigo 4, §10, do ASMC⁵⁴ e o art. 22, § 2º do SSC, solicitou a celebração de uma reunião especial do OSC, para que este pudesse autorizar o Canadá a adotar contramedidas apropriadas contra o Brasil. Na reunião de 22 de maio, o Brasil solicitou que, conforme o art. 22, §6, do SSC, submetesse a questão à arbitragem.

A OMC determinou, no dia 28 de agosto, o valor da retaliação a ser imposta pelo Canadá pelo uso, pela Embraer, do PROEX nas vendas de aviões, no montante, conforme já mencionado, de US\$1,39 bilhão, até aproximadamente 2005⁵⁵. Os árbitros decidiram:

*“(...) la suspensión por el Canadá de la aplicación al Brasil de concesiones arancelarias u otras obligaciones contraídas en virtud del GATT de 1994, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido y el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación que abarquen transacciones comerciales por una cantidad máxima de 344,2 millones de dólares canadienses anuales constituiría un caso de contramedidas apropiadas en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC*⁵⁶.

Caso não haja consenso em relação às compensações, as regras continuam as mesmas e a Embraer deverá seguir vendendo aviões com as atuais normas. Se isso ocorrer, o direito de retaliação do Canadá não deve aumentar, porque a decisão sobre o valor das retaliações já foi estabelecida pela OMC⁵⁷. No entanto, esse tipo de solução não agrada a nenhuma das partes, muito menos aos empresários que viriam a sofrer re-

taliações nas exportações de seus produtos ao mercado canadense devido a um programa de estímulo à exportação da qual não se favoreceram (PROEX).

Se os dois países chegarem a um acordo, essa retaliação não será aplicada. O Brasil já afirmou que aceita conceder vantagens comerciais aos canadenses⁵⁸, relutando em ceder à exigência canadense de detalhar formalmente as regras do PROEX, em termos de taxas, prazos e condições de financiamento para os compradores. O Brasil apenas afirma comprometer-se com a exigência da OMC de fixar as taxas do PROEX aos padrões internacionais.

O Canadá também exige um “acordo de investimentos”, com regras para impedir que qualquer dos dois países estabeleça, sob disfarce, incentivos condenados pela OMC. Pelo acordo, o país que se sentir prejudicado pelos incentivos do outro poderá, após fazer um depósito de US\$1 milhão, recorrer a um árbitro independente para investigar o caso. Se comprovada a irregularidade, o país responsável por ela seria obrigado a cancelar o incentivo e reembolsar o prejudicado. Essa exigência de um acordo para limitar incentivos, conforme já mencionado, é rejeitada com veemência pelo Brasil e tem sido, até agora, um dos principais obstáculos a um acordo⁵⁹.

Oferecido recurso em 30 de novembro de 2000 à OMC para a autorização de suspensão da aplicação de concessões tarifárias ao Brasil, o Canadá recebe deferimento automático, em 12 de dezembro de 2000, quando da reunião do OSC⁶⁰. Eis o pedido:

“Na reunião do SSC em 12 de dezembro de 2000, o Canadá pretende pedir, de acordo com o art. 22.7 do SSC e art. 4.10 do ASMC, a autorização do Órgão de Solução de Controvérsias a suspensão da aplicação ao Brasil das concessões tarifárias ou outras obrigações do GATT 94, o Acordo sobre Têxtil e Roupas e o Acordo sobre Procedimentos de Licença à Importação, cobrindo o comércio no montante

máximo de 344.2 milhões de dólares por ano⁶¹.

No dia 22 de janeiro de 2001, o governo brasileiro entrou com um novo pedido de consultas à OMC contra os programas de financiamento às exportações de aeronaves do Canadá (EDC, *Canada Account*, e financiamentos concedidos pela província de Quebec). Foram divulgados novos subsídios explicitados pelo governo canadense à empresa *Bombardier* por ocasião da venda de aviões a uma companhia norte-americana, *Air Wisconsin*, reabrindo novas margens à discussão sobre subsídios, o que estimulou a investida brasileira.

Por sua vez, o Canadá entrou com um recurso para que um painel avalie se o novo PROEX, reestruturado desde dezembro de 2000, está de acordo com as normas da OMC. No entanto, conforme já visto, a decisão do Órgão de Apelação foi cumprida, pois as taxas de juros do PROEX seguem as da CIRR⁶².

Por isso, as negociações, até o presente momento, de encerramento desses escritos não alcançaram um acordo final⁶³, tampouco se iniciaram as medidas de retaliação.

6. Proex

O PROEX é um programa de financiamento às exportações de bens e serviços do Brasil, criado pelo Governo Federal em 1º de junho de 1991, pela Lei nº 8.187/91, e cuja gestão é de responsabilidade do Banco do Brasil S.A., atuando como agente financeiro da União.

Tem por objeto aumentar a competitividade dos produtos brasileiros a serem exportados, ao proporcionar condições de financiamento equivalentes às do mercado internacional. O programa viabiliza, além de outras vantagens, exportação com recebimento à vista e rapidez na aprovação das operações. Dá-se em duas modalidades, financiamento e equalização, sendo esta última a utilizada nas exportações de aeronaves da Embraer⁶⁴.

Com o financiamento, o exportador con-

segue uma carta de crédito no Banco do Brasil para financiar as compras do importador, sendo mais utilizado pelas pequenas e médias empresas.

A modalidade de equalização é um crédito ao exportador ou importador de bens e serviços brasileiros, realizada pelas instituições financeiras, na qual o PROEX – assume parte dos encargos financeiros, tornando-os compatíveis com os praticados no mercado internacional. Sempre é válido esclarecer que no PROEX – equalização, a modalidade que foi contestada pela OMC, o exportador consegue empréstimo em um banco no exterior e o governo equaliza, ou seja, paga a diferença dos juros, mais altos por causa do risco Brasil, em até 2,5%. Ou seja, o governo subsidia parte dos juros para torná-los mais baixos e, conseqüentemente, mais atraentes. Os beneficiários são instituições financeiras ou de crédito que provêm os recursos do financiamento.

Nas condições de crédito, o exportador negocia livremente com o financiador: garantia, taxa de juros, prazo do financiamento e o percentual financiável. A única exigência é que o pagamento dos juros seja semestral, vencendo-se a primeira parcela após decorridos seis meses do embarque – ou decolagem – da mercadoria, não podendo haver carência de juros (VASQUEZ, 1999, p. 202).

Como ora mencionado, na equalização, o governo assume os custos adicionais que as empresas têm de pagar na obtenção de financiamentos internacionais para cobrir o chamado “risco Brasil”, que consiste na falta de credibilidade de que o país desfruta no âmbito internacional. O subsídio por meio do PROEX é dado à instituição bancária que financia a venda dos aviões. A medida é o principal instrumento de subsídio ao setor aéreo.

Como os juros cobrados no Brasil são maiores do que os praticados no mercado internacional, o subsídio ajuda a equalizar a taxa de juros e permitir que a Embraer possa competir no mercado externo.

Com o PROEX, os jatos regionais fabri-

cados pela Embraer ficavam US\$ 2 milhões mais baratos do que os da *Bombardier*, a rival canadense.

O Ministério das Relações Exteriores afirmou, em oposição à decisão final da OMC no caso que envolve a Embraer e a prática de subsídios proibidos à exportação, que o governo brasileiro honrará todos os contratos assinados pela Embraer, o que inclui até o quantum relativo à opção de compra (reserva de pedido a ser confirmada ou não no futuro pelo comprador).

A maioria dos contratos firmados no exterior termina em 2006, mas parte deles vai vigorar até 2010. Os aviões do modelo ERJ-190 (capacidade para 108 passageiros), por exemplo, só começarão a ser entregues em 2004, segundo a Embraer. A concessão do subsídio ocorre apenas na entrega do avião, quando é feito o faturamento⁶⁵. No entanto, a defesa brasileira sempre argumentou, nas discussões do caso, que o impacto dos subsídios é sofrido no ato de fechamento do contrato e não na entrega das aeronaves, como defende a OMC.

Não obstante, o governo brasileiro reduziu a taxa de equalização PROEX, de 3,8% para 2,5% no fim de 1999, a fim de adequar-se às regras internacionais. No entanto, o governo canadense não se mostra satisfeito, parecendo querer mais do que reza a recomendação da OMC. Exige do Brasil diminuição dos prazos de financiamento (para 10 anos) e nos níveis de participação do PROEX na Embraer (financiamento de até 85% do total).

Recentemente, em dezembro de 2000, o governo brasileiro adaptou as taxas de juros do PROEX às da OCDE, conforme decisão do Órgão de Apelação a respeito do programa, e aguarda a concretização de uma nova avaliação pelo comitê de arbitragem (painel), de acordo com pedido canadense.

O objetivo do governo é fazer do PROEX um forte mecanismo de financiamento de projetos de desenvolvimento tecnológico e de subsídio legal às exportações. A grande dificuldade está no fato de que a reforma

dessa linha deverá vir acompanhada por reforço no caixa disponível. O objetivo é agora priorizar os financiamentos às pesquisas de desenvolvimento tecnológico dos produtos. Trata-se do mesmo formato adotado pela maioria dos países desenvolvidos para subsidiar o aumento da competitividade de suas empresas no mercado internacional.

O Secretário-executivo da CAMEX, Roberto Giannetti da Fonseca, é o responsável por estruturar o novo mecanismo, que precisaria ser mais difícil de ser condenado pela OMC, criando-se um programa menos transparente que o atual PROEX⁶⁶. Conforme as regras da OMC, subsídios são permitidos, desde que não beneficie um segmento único de indústria, de forma a tornar o preço da mercadoria bem mais barato ao exportá-la.

No recente estudo divulgado pelos painelistas da OMC,

“... el PROEX es administrado por el Comité de Crédito às Exportações (el ‘Comité’), un grupo interorganismos dentro del Ministerio de Hacienda del Brasil. El Banco del Brasil se ocupa de las operaciones diarias del PROEX. En el marco del PROEX, el Gobierno del Brasil otorga subvenciones de equiparación de los tipos de interés para las ventas que efectúan los exportadores brasileños, incluida Embraer, como se describe infra. Las condiciones de financiación para la cual se efectúan los pagos de equiparación de los tipos de interés son establecidas por decretos ministeriales. La duración de la financiación, que se determina según el producto que ha de ser exportado, varía normalmente de 1 año a 10 años. En el caso de las aeronaves regionales, no obstante, este plazo a menudo se ha extendido a 15 años, mediante una exención de las directrices pertinentes del PROEX. La duración del plazo de financiación, a su vez, determina el margen que ha de equipararse: el pago oscila entre 0,5 puntos porcentuales por año, por un plazo de hasta seis meses, y 2,5 puntos porcentuales por año, por un plazo de

nueve años o más. La Resolución N°2667, de 19 de noviembre de 1999, dispone que, con respecto a la financiación de las aeronaves regionales, 'los tipos de equiparación se establecerán caso por caso y según niveles que pueden ser diferenciales, basados preferiblemente en el tipo aplicado al Bono del Tesoro a 10 años de los Estados Unidos, más un margen adicional del 0,2 por ciento anual, y que se revisarán periódicamente de conformidad con las prácticas del mercado.'

El banco prestamista cobra su tipo de interés normal por la transacción y recibe el pago de dos fuentes: el comprador y el Gobierno del Brasil. De esta forma, el PROEX reduce los costos de financiación del comprador y, en consecuencia, reduce el costo global para el comprador de la compra de una aeronave Embraer. La participación del PROEX en las operaciones de financiación para aeronaves comienza cuando el fabricante -Embraer- solicita la aprobación de las subvenciones PROEX de equiparación de los tipos de interés antes de la conclusión de un contrato formal con el comprador. El Comité, si da su aprobación, expide una carta de compromiso al fabricante, en la que el Gobierno del Brasil se compromete a prestar ayuda en el marco del PROEX, a condición de que el comprador y el fabricante celebren el contrato correspondiente a la operación dentro de un plazo determinado, generalmente de 90 días (sujeto a renovación), y de conformidad con los términos y condiciones establecidos en la solicitud inicial. La carta de compromiso, en general, establece que los pagos PROEX se efectuarán en 30 cuotas semestrales iguales y consecutivas durante un período de financiación de 15 años. Generalmente el primer pago ha de efectuarse seis meses después de la fecha de entrega de cada aeronave.

Los pagos por concepto de equiparación de los tipos de interés en el marco del PROEX comienzan una vez que la aero-

nave ha sido exportada. Los pagos se efectúan en forma de bonos que el PROEX expide a la institución financiera. Después de confirmada cada operación de exportación, el Banco del Brasil solicita al Tesoro Nacional del Brasil la emisión de bonos denominados Notas del Tesoro Nacional - Serie I (bonos «NTN-I»). El Tesoro Nacional emite estos bonos y los transfiere al Banco del Brasil, que a su vez los transfiere al banco prestamista (o a su agente). El banco prestamista puede rescatar los bonos sobre una base semestral, durante la duración de la financiación, o venderlos en el mercado a una tasa de descuento en el momento mismo en que los recibe. Los bonos NTN-I se expresan en moneda brasileña, indexada al dólar en la fecha de emisión de los bonos.

Estos solamente pueden rescatarse en el Brasil, y únicamente en moneda brasileña⁶⁷.

Uma vez conhecidas as normas sobre subsídios da OMC, tornar-se-á possível vislumbrar uma adequação do atual sistema de estímulo à exportação brasileiro às referidas regras, sem, no entanto, extingui-lo.

7. Subsídios e a OMC

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, aprovado no âmbito da Rodada do Uruguai, estabelece importantes inovações, devendo-se notar, nesse sentido, a inovação institucional, materializada pela criação de órgãos dedicados à questão dos subsídios.

De fato, o Acordo cria um Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias, à disposição dos membros para consultas em matérias relativas a esses assuntos (art. 24, §1º). O Comitê elegerá um Grupo de Expertos, composto de cinco especialistas na matéria, que terá função consultiva, manifestando-se sobre a natureza de subsídios introduzidos ou mantidos pelos Estados-membros da OMC (art. 24, parágrafo 3).

Ainda em matéria institucional, no art.

25, o Acordo estabelece um importante sistema de notificações à Secretaria da OMC. Dessa forma, qualquer subsídio deverá ser notificado pelos Estados-membros, de forma tão específica que possibilite a avaliação de seus efeitos para o comércio internacional. Ainda, qualquer Estado-membro poderá solicitar informações sobre a natureza e extensão de um determinado subsídio concedido por outro. A mesma exigência de notificação está prevista quanto à aplicação de medidas compensatórias. Assim, os Estados-membros devem informar todas as medidas adotadas pelas autoridades nacionais competentes para investigar a existência de subsídios e aplicar medidas compensatórias.

7.1. Tipos de subsídios

Embora difícil uma definição econômica da existência de subsídios, o Acordo caracteriza subsídio, conforme o art. 1º, quando houver contribuição financeira pelo governo ou por qualquer órgão público no interior do território de um Membro, implicando transferência direta de fundos⁶⁸, potenciais transferências diretas de fundos ou obrigações⁶⁹; quando houver o perdão ou o não-recolhimento de receitas pública⁷⁰; quando o governo fornecer bens ou serviços além dos que são destinados à infra-estrutura geral ou quando adquirir bens; quando o governo fizer pagamentos a um sistema de fundo, e, por fim, quando se constatar formas de apoio às empresas por meio de receita ou sustentação de preços.

Conforme o Acordo, dá-se um critério fundamental para a identificação de subsídio: o da especificidade. Assim, um subsídio somente legitimará medidas compensatórias se for específico, isto é, se limitar-se a certas empresas, indústrias ou regiões. Se for acessível a empresas em geral, por meio de critérios objetivos, dentro de um determinado Estado, será considerado não específico (art. 2).

Ensina-nos o Prof. Welber Barral (1998, p. 376), que a questão da especificidade tornou-se, na teoria e prática do direito anti-

subsídios, uma questão crucial para a determinação da ilegalidade do auxílio estatal. Na prática do Departamento de Comércio dos Estados Unidos, definiram-se três regras para a determinação dessa especificidade, que vêm sendo adotadas após o caso *Cabot Corp. v. United States*:

I. uma limitação jurídica ao acesso aos subsídios já caracteriza a especificidade;

II. se o subsídio é acessível, mas poucas empresas o utilizam, o Departamento de Comércio julgará como uma especificidade *de facto*;

III. se um governo estrangeiro exerce seu poder discricionário na concessão de subsídios de tal forma que um programa aberto *de jure* é concedido *de facto* especificamente, o Departamento julgará pela especificidade.

No entender de Trebilcock e Howse (p. 144), essa interpretação foi adotada na elaboração das normas na Rodada do Uruguai.

Tendo em vista o acima disposto, para facilitar a identificação de um subsídio proibido daqueles permitidos, o Acordo estabeleceu três categorias, de acordo com a forma de distorção do comércio resultante. Para cada categoria há diferentes regras e soluções.

a) Categoria proibida

Os subsídios baseados no desempenho da exportação e no uso de produtos do mercado doméstico em detrimento de mercadorias importadas são considerados como distorcivos ao comércio, pela sua própria natureza.

Esclarece Víctor Luiz Prado que os subsídios proibidos, conforme art. 3, são de dois tipos:

“aqueles que o governo só concede quando cobra da empresa um desempenho exportador, ou seja, ‘eu dou esse subsídio para a empresa mas em troca você tem que exportar tanto’, isso é uma condicionante de um desempenho exportador e é proibido pelas regras da OMC. E o segundo tipo de subsídio proibido é o subsídio que obriga uma empresa a utilizar componentes nacionais. Em inglês se cha-

ma 'local content', ou seja, o governo, para dar um subsídio a determinada empresa ou grupo de empresas, obriga essas empresas a comprarem produtos ou insumos nacionais”(1997, p. 44).

Além de específicos⁷¹, os subsídios dessa categoria devem ser eliminados. Caso não o sejam, a parte reclamante poderá tomar medidas de contra-ataque. Porém, não se deve olvidar que o simples fato de essas medidas serem tomadas contra um subsídio da categoria proibida não autoriza a utilização de contramedidas exageradas.

b) Categoria recorrível

Nessa categoria, os subsídios são examinados em função de seus efeitos. Assim, esse tipo de subsídio não tem, necessariamente, efeito danoso, mas pode tê-lo em algumas circunstâncias, conforme o art. 5⁷². Nenhum país-membro deve utilizar essa categoria de subsídios para comprometer os interesses de um outro Membro, isto é, prejudicar a indústria doméstica desse país ou causar-lhe um sério prejuízo. Caso tal fato ocorra, o país prejudicado pode tomar certas medidas, chamadas oficialmente de subsídios recorríveis.

Considera-se com grave dano o subsídio concedido, por exemplo, para cobrir repetidas perdas da indústria ou qualquer forma de perdão de dívida em que o montante do subsídio outorgado, calculado *ad valorem*, é superior a 5% do valor do produto (art. 6, §1^o)⁷³. No entanto, não ocorrerá grave dano se o Membro outorgante do subsídio demonstrar que o mesmo não produziu nenhum dos efeitos enumerados pelo art. 6, §3, ou seja, não houve impedimento de importações de produtos similares para o Estado que subsidia, nem um vultoso crescimento de sua parcela do mercado mundial daquele produto.

c) Categoria irrecorrível

É a categoria dos subsídios permitidos, isto é, aqueles que não restringem o comércio ou distorcem seus efeitos. Por essa razão,

essa categoria não pode ser objeto de qualquer tipo de recurso ou de ação. A categoria irrecorrível compreende os subsídios não específicos (art. 8, §1, a), mas também os subsídios específicos, desde que estes sejam concedidos para auxiliar alguns custos de atividades de pesquisa (art. 8, §2, a) ou para ajudar certas regiões (art. 8, §2, b) ou, ainda, para auxiliar na adaptação de novos requerimentos ambientais (art. 8, §2, c) Se o subsídio dessa categoria tiver causado efeitos adversos ao mercado, a solução é utilizar as consultas (art. 9, §1^o). Se dentro de sessenta dias nenhuma solução for alcançada, o assunto será enviado ao Comitê de Subsídios (art. 9, §3).

8. Mecanismo de solução de controvérsias

O Órgão de Solução de Controvérsias (esfera institucional), na visão de Celso Lafer, ora em funcionamento pleno e dotado de um Órgão de Apelação, consiste numa “etapa nova no desenvolvimento da justiça internacional – uma etapa representativa, no âmbito do sistema multilateral do comércio, tanto da contenção do unilateralismo quanto do reforço do multilateralismo (...)” (1999, p. 78-79).

Dessa forma, de acordo com o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC (esfera normativa), os Países Membros, ao firmarem sua entrada na organização, confirmam a aceitação do referido mecanismo para dirimir quaisquer conflitos de natureza comercial no âmbito internacional, ao invés de tomarem ação unilateralmente. Isso significa conformar-se com os procedimentos acordados e respeitar seus julgamentos.

Dados recentes revelam que o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC e suas sanções de caráter econômico-comercial, com retaliações e suspensão de benefícios, faz com que a demanda pelo Órgão de Controvérsias seja muito maior que o recur-

so a outros tribunais internacionais, demanda inclusive mais volumosa que a da própria Corte Internacional da Justiça, e com índice de cumprimento das decisões bastante significativo⁷⁴.

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC) é responsável pela resolução dos conflitos: tem a autoridade exclusiva para estabelecer os comitês de investigação (painéis, ou *panels*), compostos por especialistas que analisarão cada caso, assim como para aceitar ou rejeitar as considerações de um painel ou os resultados de uma apelação. Ainda, cabe a esse órgão monitorar a implementação das decisões e recomendações, possuindo o poder de autorizar retaliações no caso de um país não implementá-las.

Geralmente, as disputas são levadas até o OSC quando um membro sente-se prejudicado por medidas de comércio ou atos internacionais de outros países que possam estar em desacordo com quaisquer das normas da OMC ou ferindo obrigações assumidas perante essa organização.

O Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, o mesmo que incorpora o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias ao ordenamento nacional, incorpora também os resultados da Rodada Uruguai, onde foi firmado o Sistema de Solução de Controvérsias.

O referido acordo enfatiza a necessidade da pronta solução das disputas para que a OMC efetivamente funcione. Nele estão fixados detalhadamente os procedimentos a serem seguidos na solução das controvérsias submetidas à jurisdição da organização, assim como os limites de tempo de duração dos processos.

As disposições do Sistema de Soluções de Controvérsias serão aplicáveis a consultas e soluções de controvérsias ao abrigo do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, salvo onde especificamente se disponha de outra forma (art. 30 do Acordo).

Assim, no caso específico sob análise no presente trabalho, de questionamento de subsídio proibido (art. 3), sempre que um Membro tenha motivos para crer que um

subsídio proibido esteja sendo concedido ou mantido por outro Membro, poderá fazer-se valer das regras procedimentais especificadas no art. 4, que trata de recursos.

Embora muitos dos procedimentos assemelhem-se aos de um tribunal, a solução preferida é que os países envolvidos discutam o problema e resolvam o conflito sozinhos. Num primeiro estágio (prazo de 30 dias, salvo estipulação em contrário pelas partes), portanto, são realizadas as chamadas “consultas” (art. 4, §§1º, 2 e 3) entre os governos interessados na resolução da questão. É uma fase em que os países trocam informações sobre os fatos geradores do problema e tentam chegar a uma solução por meio da negociação direta. As consultas são feitas por intermédio dos chamados “representantes especiais”, que são especialistas dos próprios países em conflito. Se não entram em um acordo sozinhos, podem solicitar a mediação por parte da OMC. Mas mesmo quando o caso progride para outros estágios do processo de solução de controvérsias, as consultas e a mediação são bem-vindas.

O segundo estágio é o painel, que pode ser solicitado pelo país reclamante se a fase de “consultas” falhar. O país reclamado pode bloquear a criação do painel uma vez, mas, quando o OSC reúne-se pela segunda vez, o apontamento não pode mais ser bloqueado, a menos que haja um consenso.

Difere do tribunal comum pelo fato de os *experts* (panelistas ou *panelists*) serem escolhidos pelas partes em disputa. Uma vez estabelecido, o grupo especial poderá solicitar assistência do Grupo Permanente de Especialistas (GPE) para que se determine ou não o subsídio proibido (art. 4, §5).

O relatório do painel é passado para o OSC a fim de ser apreciado dentro de 30 dias da divulgação do relatório do grupo especial a todos os Membros (art. 4, §8). Oficialmente, o painel tem ajudado o organismo a prolatar as decisões e fazer recomendações. Porém, como o relatório do painel só pode ser rejeitado por consenso, suas conclusões

são dificilmente modificadas, sendo suas considerações baseadas nos acordos citados.

Ambos os lados podem apelar da referida decisão. No entanto, as apelações devem ser baseadas na interpretação das leis, ou seja, evidências, tanto novas quanto as já existentes, não podem ser reexaminadas. Os membros do Órgão de Apelação devem ser indivíduos com reconhecido conhecimento no campo do direito e interpretação de tratados, não podendo ser afiliados a nenhum governo. A apelação pode manter, modificar ou fazer reservas às conclusões e interpretações legais do painel. O art. 5, §9, estipula prazo de 30 dias para o Órgão de Apelação exarar sua decisão, podendo ser dilatado por justificativa do referido órgão, sem, no entanto, ultrapassar 60 dias. O relatório é encaminhado, então, ao OSC, que deve aceitar ou rejeitar suas conclusões em vinte dias. A rejeição, da mesma forma que ocorre com os relatórios dos painéis, só pode ocorrer por consenso.

As decisões devem ser automaticamente adotadas, a menos que haja um consenso para rejeitá-las. Qualquer país que queira bloquear uma decisão precisa persuadir todos os outros membros da OMC, incluindo o adversário, a compartilhar de sua visão (denominada “inversão de consenso”). O país que continua a contrariar um acordo ou que não cumpre as determinações da OMC deve oferecer uma compensação ou sofrer uma punição adequada, sob a forma de retaliação. A prioridade é fazer com que o país sucumbente alinhe sua política de mercado às regras e recomendações da OMC.

O Entendimento sobre Solução de Controvérsias enfatiza não só a necessidade da pronta solução das disputas, mas também o cumprimento imediato das recomendações do OSC, em ordem de assegurar a efetiva resolução dos conflitos para o benefício de todos os Membros.

Em caso de desacordo por parte do reclamante, quanto à existência, consistência ou propriedade das implementações realizadas pelo sucumbente, há a possibilidade

de iniciar-se novo processo, de preferência com os mesmos membros do painel inicial, baseado no art. 21, §5⁷⁵, do SSC. O relatório deverá circular em noventa dias a partir da data em que a questão foi suscitada. Há ainda a possibilidade de apelar dessa decisão.

Se falhar em agir dentro desse período, terá que entrar em negociação com o país reclamante a fim de determinar uma compensação mutuamente aceitável – por exemplo, reduções tarifárias em áreas de particular interesse para o reclamante.

Na hipótese de a recomendação do OSC não ser cumprida dentro do prazo especificado pelo grupo especial, que se começará a contar a partir da data de adoção do relatório do grupo especial ou do relatório do Órgão de Apelação, o OSC autorizará o Membro reclamante a adotar as contramedidas apropriadas, a menos que o OSC decida por consenso rejeitar o pedido (art. 4, §10).

Caso uma parte litigante requeira arbitragem à luz do art. 22, §6⁷⁶, do Sistema de Soluções de Controvérsias, o árbitro determinará se são apropriadas as contramedidas (art. 4, §11).

Em princípio, as sanções devem ser impostas no mesmo setor sobre o qual versa a disputa. Se, nesse âmbito, as medidas forem impraticáveis ou inefetivas, as sanções podem ser impostas a um setor diverso. Entretanto, se dessa forma também forem impraticáveis ou inefetivas as medidas, e se as circunstâncias forem suficientemente sérias, as sanções podem vir a ser tomadas sob outro acordo. Isto é o que se chama de “*cross-retaliation*”. O objetivo é minimizar as chances de as sanções refletirem-se sobre outros setores, ao mesmo tempo em que se permite que as ações sejam efetivas. Em todos os casos, o OSC monitora a implementação das recomendações. Todos os casos excepcionais permanecem na agenda do organismo até que a questão seja resolvida.

Vale lembrar que, para os litígios regidos pelo artigo 4 do Acordo, serão reduzidos à metade os prazos aplicáveis em obediência ao disposto no ESC acerca dos pro-

cedimentos de tais litígios, com exceção daqueles prazos especificados no referido artigo (art.4, §12).

	Apelações comuns	Apelações ligadas a subsídios proibidos
	Dia	Dia
Aviso de apelação	0	0
Manifestação inicial escrita do apelante	10	5
Outras manifestações escritas do apelante	15	7
Manifestação escrita do apelado	25	12
Manifestação(s) de terceiro(s) interessado(s)	25	12
Oitivas	30	15
Circulação do relatório da apelação	60-90	30-60
Reunião do DSB para adoção do relatório	90-120	50-80

Fonte: OMC - *Working Procedures for Appellate Review* (Anexo 1).

Conclusão

Ao contrário do ocorrido nos países desenvolvidos, o *Welfare State* keynesiano teve curto período de existência em países como o Brasil, cedendo lugar aos ideais liberalizantes do novo mundo globalizado.

No entanto, a abertura comercial feita pelo Brasil no início da década de noventa trouxe inegáveis benefícios para a economia nacional, obrigando as indústrias brasileiras a reestruturarem-se internamente e a modernizarem seus sistemas produtivos com vistas a ganhos de produtividade que lhes permitissem concorrer no mercado internacional.

Todavia, o fim da reserva de mercado trouxe consigo uma invasão de importados com procedências as mais diversas que se valiam de *dumping* e subsídios proibidos pelas regras da Organização Mundial do Comércio, tal como outras formas de concorrência desleal, prejudicando sobremaneira tanto a produção e a balança comercial, quanto o consumidor nacional.

Sem profissionais especializados, nem uma política industrial e um sistema de de-

fesa comercial condizentes com as regras dos Acordos e Tratados de que faça parte, torna-se difícil negociar e defender interesses brasileiros nos fóruns internacionais de comércio.

Desde meados de 1995, com a internalização dos Acordos da OMC, e submissão às decisões do OSC, o Brasil tem-se envolvido em constantes disputas comerciais, o que tem demandado conhecimento e bom senso.

Baseado apenas no caso analisado envolvendo subsídios à exportação de aeronaves civis brasileiras (Embraer) e canadenses (*Bombardier*), pôde-se perceber que, bem mais que saber defender-se internacionalmente, é importante estar preparado para as próximas negociações comerciais a serem realizadas na OMC, uma vez serem os presentes Acordos irrealizáveis para a estrutura macroeconômica brasileira.

O Acordo sobre Subsídios, da forma como se encontra, só dá permissão para programas que são suportáveis apenas para as finanças de países industrializados⁷⁷, uma vez já terem outrora, sob o amparo de um Estado protetor, fortalecido suas indústrias nascentes. Sendo assim, cabe ao Brasil lutar

para tentar garantir que subvenções sejam dadas para indústrias de países em desenvolvimento num certo estágio, promovendo o desenvolvimento, por meio do incremento tecnológico, de pequenas e médias empresas, e não apenas de grandes indústrias exportadoras. Porém, a escassez de recursos impede que países em desenvolvimento suportem uma política genérica de subsídios (CHEREN, 2000, p. 426), sendo esta fixada em áreas específicas, como a de construção aérea, o que, por outro lado, encaixa-se na exigência legal para a caracterização de subsídio proibido (critério da especificidade do art. 2 do ASMC)⁷⁸.

Os números exibidos na explanação do caso demonstram o sucesso da Embraer como empresa produtora de aviões modernos e competitivos internacionalmente. No entanto, não há como negar as vantagens decorrentes dos financiamentos à exportação de aeronaves proporcionadas pelo governo brasileiro ao comprador estrangeiro.

Dessa forma, não há dúvidas de que o PROEX fira o Acordo sobre Subsídios, o que demonstra a acertada decisão do Organismo de Solução de Controvérsias da OMC. No entanto, a Embraer acerta em não se desfazer dos contratos de venda já definidos antes que expirasse o prazo final para as adequações dos programas de financiamento, prazo esse datado até o dia 18 de novembro de 1999, embora o entendimento da OMC seja o contrário, de que o impacto da prática do subsídio no mercado se dê não no ato da celebração de contratos, mas no da entrega da mercadoria.

Mais injustificada ainda a dificuldade em se estabelecer compensações, por meio de um acordo amigável, evitando-se uma retaliação, uma vez que os setores afetados quase sempre não serão aqueles que estavam sendo objeto da disputa. Ou seja, produtos como café, açúcar, aço, entre outros, competitivos no comércio internacional, terão benefícios suspensos no momento de entrada no mercado canadense.

De qualquer forma, conforme já salientou o ex-Ministro das Relações Exteriores, Luis Felipe Lampreia (1999), é no âmbito da OMC que se encontram nossas maiores possibilidades de defesa, a nossa maior conquista em termos de regras de direito comercial internacional, porque é o sistema que nos protege contra os abusos e nos dá recursos adequados para a solução de controvérsias, embora seja muito debatida a desigualdade no tratamento para países em desenvolvimento dentro das normas multilaterais, tema a ser discutido e negociado nas próximas rodadas da OMC.

Diante do exposto, tem-se que a melhor solução para o país é que se empenhe pelo fim das guerras comerciais, preparando-se para as próximas negociações multilaterais com um discurso maduro e coerente, de repúdio à prática de subsídios que distorçam o comércio, mas defendendo um tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento, por se encontrarem em desvantagem perante a sofisticação tecnológica das fortes indústrias dos países desenvolvidos. Assim, poderá implementar políticas de incentivo à exportação dentro dos ditames legais internacionalmente acordados, mas que sejam de forma consciente e condizente com a realidade dos países em desenvolvimento.

Notas

¹Rodada é o nome dado para designar as reuniões para negociações multilaterais de comércio internacional. A última delas foi a Rodada Uruguai, que durou cerca de oito anos (1986 a 1993).

²*General Agreement on Tariffs and Trade* (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio).

³Nesse sentido vem trabalhando a Comissão Européia, conforme os *XXVIII e XXIX Relatórios sobre política de concorrência da Comunidade Européia*, Luxemburgo, 1999 e 2000.

⁴Mais uma vez, vale a pena observar que essa idéia é insistentemente defendida pela União Européia. Vide VAN MIERT, Karel. *La Organización Mundial del Comercio y la política de competencia: la necesidad de considerar negociaciones*. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. n. 4, p. 59. ago. 1998.

CRONOGRAMA DO PROCESSO "BRAZIL – EXPORT FINANCING PROGRAMME FOR AIRCRAFT"

Consulta	18/06/96
Requisições de instalação de painel (retiradas)	16/09/96, e 3/10/96
Estabelecimento de painel	23/07/98
Relatório final ⁷⁹	14/04/99
Apelação	3/05/99
Relatório da apelação ⁸⁰	2/08/99
"Adoção" do relatório pelo OSC	20/08/99
Fim do prazo para implementações	18/11/99
Reconvocação do painel (art.21, §5, SSC)	9/12/99
Relatório final do painel ⁸¹	9/05/00
Apelação do relatório (notificação)	22/05/00
Relatório de apelação ⁸²	21/07/00
Arbitragem do montante da retaliação ⁸³	28/08/00
Recurso para autorização de retaliação ⁸⁴	30/11/00
Autorização de retaliação pelo OSC	12/12/00

CRONOGRAMA DO PROCESSO "CANADÁ – MEASURES AFFECTING
THE EXPORT OF CIVILIAN AIRCRAFT"

Consulta	10/04/97
Estabelecimento de painel	23/07/98
Relatório final ⁸⁵	14/04/99
Apelação	3/05/99
Relatório da apelação ⁸⁶	2/08/99
"Adoção" do relatório pelo OSC	20/08/99
Fim do prazo para implementações	19/11/99
Reconvocação do painel (art.21, §5, SSC)	9/12/99
Relatório final do painel ⁸⁷	9/05/00
Apelação do relatório (notificação)	22/05/00
Relatório de apelação ⁸⁸	21/07/00
"Adoção" do relatório pelo OSC	4/08/00

Fonte: Relatório Anual de 2000 do DSB (WT/DSB/21/Add.1), de 27 de novembro de 2000.

⁵ Informações mais detalhadas a respeito do processo de privatização brasileira encontra-se no Guia legal para o investidor estrangeiro no Brasil. *Ministério das Relações Exteriores*. Disponível em: <http://www.mre.gov.br>.

⁶ *Ministério do Planejamento e Orçamento*. Instituto IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Secretaria de Desestatização. Elaboração CGPPD/SEST.

⁷ Entre as 10 primeiras estão as seguintes empresas: *Petróleos de Venezuela S.A., Petróleos Mexicanos, General Motors de Mexico, Volkswagen de Mexico, Daimler-Chrysler de Mexico, Camex S.A. Cpo México, Ford de Mexico, Corporación Nacional del Cobre (Chile), Empresa Colombiana de Petroleos, Embraer (Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.)*. Destaca-se ainda, entre as empresas brasileiras, a Companhia Vale do Rio Doce, ocupando o 11º lugar.

⁸ O “Tucano” da Embraer, um avião movido à turbina, para treinamento militar, é utilizado não só pela Força Aérea Brasileira, como pelas Forças Aéreas de quatorze países diferentes, já existindo sua versão mais possante, o “Super-Tucano”. No campo da aviação civil, a Embraer acumula também sucessos, com duas aeronaves a jato novas, destinadas a cobrir rotas regionais: a ERJ-135, para 37 passageiros, e a ERJ-145, para 50 passageiros, além dos recentes modelos ERJ-190, com capacidade de 108 lugares.

⁹ ÉPOCA, nov. 1999.

¹⁰ Do lado das importações brasileiras de produtos americanos, o item que mais pesou no comércio bilateral foi o motor de avião usado pela Embraer – nos três primeiros meses, as compras subiram 73%. *Jornal Valor on line*, 11 maio. 2000.

¹¹ Dados extraídos do jornal *Gazeta Mercantil*, 4 fev. 2000.

¹² O governo paulista tomou a dianteira nessas negociações ao oferecer vantagens, como um convênio com a Fapesp para inovações tecnológicas e a doação do terreno de 600 alqueires para o empreendimento.

¹³ Agência Folha e Estado, 28 jun. 2000.

¹⁴ Ocorreu em Basiléia, na Suíça, entre os dias 28 de abril e 7 de maio de 2000, a Feira de Amostras da Basiléia (MUBA 2000). Neste ano, o Brasil foi escolhido como país tema, retratado em um pavilhão alusivo aos 500 Anos do Descobrimento. O Ministério das Relações Exteriores (MRE), em parceria com a Embraer, teve um estande institucional de 500 m², apresentando três módulos distintos: o Módulo Museu Goeldi, o Módulo Brasil e o Módulo da Embraer. Este terceiro módulo mostrou a tecnologia de fabricação dos aviões da Embraer, sendo projetadas, em telões, imagens dos aviões produzidos pela empresa, bem como expostas maquetes dos diversos tipos de aviões da Embraer.

Informações extraídas do Ministério das Relações Exteriores – Informação n. 211 – Assessoria de Comunicação Social, 9 maio 2000.

¹⁵ O Globo, maio 2000.

¹⁶ Vide Cronograma dos Processos na parte final deste capítulo.

¹⁷ *Dispute Settlement Body (DSB)*.

¹⁸ *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)*.

¹⁹ Art. 4, §1 – “Sempre que um Membro tenha motivos para crer que um subsídio proibido esteja sendo concedido ou mantido por outro Membro, poderá o primeiro pedir a realização de consultas ao segundo.”

²⁰ *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM)*.

²¹ Art. 3, §1 – “Com exceção do disposto no Acordo sobre Agricultura, serão proibidos os seguintes subsídios, conforme definidos no Artigo 1: a) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aquelas indicadas a título de exemplo no Anexo I; b) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições. §2 - O Membro deste Acordo não concederá ou manterá os subsídios mencionados no parágrafo 1”.

²² Art. 27 § 4 – “Os países em desenvolvimento Membros a que se refere o parágrafo 2.b (onde se enquadra o Brasil) eliminarão seus subsídios à exportação no período de 8 anos, preferivelmente de maneira progressiva. Os países em desenvolvimento Membros não elevarão, porém, o nível de subsídios à exportação e, sempre que a concessão de subsídios à exportação seja incompatível com sua necessidade de desenvolvimento, eliminá-los-ão em prazo inferior àquele previsto neste parágrafo. (...)”.

²³ Art. 27, §5 - “O país em desenvolvimento Membro que tiver atingido competitividade exportadora em determinado produto eliminará os subsídios à exportação para aquele(s) produto(s) no prazo de 2 anos. Não obstante, no caso dos países em desenvolvimento Membros mencionados no Anexo VII que tenham atingido competitividade exportadora em um ou mais produtos, o subsídio à exportação sobre tais produtos será gradativamente eliminado no período de 8 anos”.

²⁴ WT/DS46/R – *Report of the Panel on Brazil: Export Financing Programme for Aircraft*.

²⁵ Art. 4, §4 – “Se não se chegar a solução mutuamente aceitável no prazo de 30 dias a contar do pedido de consultas, qualquer Membro delas participante poderá elevar o assunto ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) para imediato estabelecimento de grupo especial.”

²⁶ Art. 6, §1º – “Si la parte reclamante así lo pide, se establecerá un grupo especial, a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en la que la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día del OSD, a menos que en esa reunión el OSD decida por consenso no establecer un grupo especial.”

²⁷ WT/DS70/R – *Report of the Panel on Canada: Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft.*

²⁸ WT/DS70/R.

²⁹ Anexo I, k - “A concessão pelo governo (ou por instituições especiais controladas pelas autoridades do governo e/ou agindo sob seu comando) de créditos à exportação a taxas inferiores àquelas pelas quais o governo obtém os recursos utilizados para estabelecer tais créditos (ou que teriam de pagar se tomassem emprestado nos mercados financeiros internacionais recursos com a mesma maturação, nas mesmas condições creditícias e na mesma moeda do crédito à exportação), ou o pagamento pelo governo da totalidade ou de parte dos custos em que incorrem exportadores ou instituições financeiras quando obtém créditos, na medida em que sejam utilizados para garantir vantagem de monta nas condições dos créditos à exportação.”

³⁰ WT/DS46/R.

³¹ *Appellate Body (AB).*

³² WT/DS70/AB/R; WT/DS46/AB/R.

³³ WT/DS70/AB/R.

³⁴ Brasil, Informativo n. 352, 2 ago. 1998.

³⁵ WT/DS46/AB/R.

³⁶ Embora tivesse apelado somente do TPC, o Canadá procedeu com a implementação de ambos os programas condenados pelo comitê de investigação: o TPC e o *Canada Account*.

³⁷ WT/DS46/R.

³⁸ Art. 21, parágrafo 5º do SSC – “En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta se resolverá conforme los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente em el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.

³⁹ *Gazeta Mercantil*, 23 nov. 1999.s

⁴⁰ WT/DS70/RW.

⁴¹ “(...) concluimos que (1) o Canadá implementou a recomendação do DSB de 20 de agosto, de modificar o programa de assistência TPC à indústria de aeronaves regionais dentro de 90 dias, e que (2) o Canadá falhou na implementação das

recomendações do DSB de 20 de agosto de 1999, de modificar o programa de assistência à indústria de aeronaves regionais, *Canada Account*, dentro de 90 dias”. Original: “(...) we conclude that (1) Canada has implemented the 20 August 1999 DSB recommendation that Canada withdraw TPC assistance to the Canadian regional aircraft industry within 90 days, and that (2) Canada has failed to implement the 20 August 1999 recommendation of the DSB that Canada withdraw the *Canada Account* assistance to the Canadian regional aircraft industry within 90 days.” WT/DS70/RW. In Conclusion, p. 43.

⁴² Art. 19, §1 - “Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo. Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas.”

⁴³ WT/DS46/RW.

⁴⁴ “(...) concluimos que o Brasil falhou na implementação da recomendação do DSB de 20 de agosto de 1999, de modificar o programa de subsídios à exportação de aeronaves regionais -- PROEX, dentro de 90 dias”. Original: “(...) we conclude that Brazil has failed to implement the DSB’s 20 August 1999 recommendation that it withdraw the export subsidies for regional aircraft under PROEX within 90 days.” WT/DS46/RW. In Conclusion, p. 34.

⁴⁵ “Uma apelação deve ser limitada a ‘questões de direito’ cobertas pelo relatório do *Panel* e a interpretações legais desenvolvidas pelo *Panel*. Não deverá haver nenhuma comunicação *ex parte* com o *Panel* ou Corpo de Apelação no tocante a questões sob considerações pelo *Panel* ou Corpo de Apelação”. Original: “An appeal shall be limited to issues of law covered in the *Panel* report and legal interpretations developed by the *Panel*. There shall be no *ex parte* communications with the *Panel* or *Appellate Body* concerning matters under consideration by the *Panel* or *Appellate Body*.” WT/DS46/RW; WT/DS70/RW. In Nota Introdutória.

⁴⁶ Art. 16, §4 – “Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe de un grupo especial a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD 7, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del grupo especial no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Este procedimiento de adopción se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a expresar sus opiniones sobre los informes de los grupos especiales.”

⁴⁷ Art. 4, §8 – “Dentro de 30 dias da divulgação do relatório do grupo especial a todos os Membros, deverá o mesmo ser adotado pelo OSC, a menos que uma das partes litigantes notifique formalmente o OSC sobre sua decisão de apelar ou que o OSC decida por consenso não adotar o relatório.”

⁴⁸ O governo canadense vinha ameaçando retaliar o Brasil em US\$ 3,28 bilhões, por um período de sete anos, ou seja, cerca de US\$ 460 milhões por ano. Conforme mencionado anteriormente, o OSC já definiu, dia 23 de agosto de 2000, o montante de US\$1,39 bilhão, até 2005. Folha de São Paulo, 29 ago. 2000.

⁴⁹ Comunicado à Imprensa – *Ministério das Relações Exteriores*. Disponível em: <http://www.mre.gov.br>.

⁵⁰ Dados extraídos do jornal *Gazeta Mercantil*, 20 jun. 2000.

⁵¹ WT/DS46/AB/RW. *Constataciones y conclusiones*. p. 31.

⁵² WT/DS70/AB/RW. *Constataciones y conclusiones*. p. 21.

⁵³ O Canadá é o 19º mercado para as vendas brasileiras, que totalizam cerca de US\$ 500 milhões por ano. Os principais itens com esse destino são calçados, laminados de aço e ferro, autopeças, café e açúcar. O Estado de São Paulo, 31 jul. 2000.

⁵⁴ Art. 4, 10 – “Na hipótese de a recomendação do OSC não ser cumprida dentro do prazo especificado pelo grupo especial, que se começará a contar a partir da data de adoção do relatório do grupo especial ou do relatório do Órgão de Apelação, o OSC autorizará o Membro reclamante a adotar as contramedidas apropriadas, a menos que o OSC decida por consenso rejeitar o pedido.”

⁵⁵ Entre 2000 e 2005, os contratos antigos firmados pela Embraer garantem subsídios proibidos de US\$405 milhões em exportações do aparelho ERJ-135 e de US\$996,2 milhões para o modelo ERJ-145. Foi seguindo esse raciocínio que o montante de retaliação foi arbitrado pela OMC, cf. é demonstrado minuciosamente no relatório de arbitragem, “*Metodología aplicada por los árbitros*”, WT/DS46/ARB, p. 22 e ss. O governo brasileiro é firme em honrá-los, e por isso oferece as compensações. No entanto as compensações, ao invés de retaliações, só seriam acordadas com o Canadá caso este aceitasse as mudanças efetuadas no PROEX. Informações fornecidas pelo Ministério das Relações Exteriores, em 15 dez. 2000.

⁵⁶ WT/DS46/ARB, p. 30.

⁵⁷ O Estado de São Paulo, 31 jul. 2000.

⁵⁸ Entre as prováveis compras que o Brasil pode negociar, estão equipamentos aeronáuticos da própria concorrente (aviões executivos, helicópteros e simuladores de voo), produtos ferroviários e medi-

camentos genéricos. O trigo canadense não tem muita chance de ser incluído no pacote porque poderia provocar prejuízos nos parceiros do Mercosul. Informações extraídas do jornal *Valor Econômico*, 29 ago. 2000.

⁵⁹ Informações extraídas do jornal *Valor Econômico*, 29 ago. 2000.

⁶⁰ “*Canada’s retaliation against Brazil approved in aircraft case*”, DSB12 - News 2000, Disponível em: <http://www.wto.org>.

⁶¹ “*At the meeting of the DSB on 12 December 2000, Canada intends to request, pursuant to Article 22.7 of the DSU and Article 4.10 of the SCM Agreement, authorization from the DSB to suspend the application to Brazil of tariff concessions or other obligations under GATT 1994, the Agreement on Textiles and Clothing and the Agreement on Import Licensing Procedures covering trade in a maximum amount of C\$344.2 million per year*”. WT/DS46/25BRAZIL Recourse by Canada to Article 22.7 of the DSU and Article 4.10 of the SCM Agreement. 30 de novembro de 2000. p. 1.

⁶² “Brasil parte para o ataque ao Canadá”. *Valor Econômico*, 23 jan. 2001.

⁶³ Recente nota diplomática canadense afirmou que, “caso o Brasil efetuasse as reformas necessárias do PROEX, os dois países possivelmente poderiam acordar medidas compensatórias para as violações anteriores do programa”, 13 dez. 2000. Os canadenses não consideram as novas regras do PROEX, condizentes com as obrigações brasileiras, estipuladas pela OMC.

⁶⁴ *Banco do Brasil* disponível em: <http://www.bancodobrasil.com.br>.

⁶⁵ Declaração do vice-presidente financeiro da Embraer, Antonio Luiz Pizarro Manso. *Correio Brasileiro*, 18 maio 2000.

⁶⁶ Folha de São Paulo, B5, 4 ago. 2000.

⁶⁷ WT/DS46/AB/RW. p. 4-5.

⁶⁸ Doações, empréstimos e aportes de capital, por exemplo.

⁶⁹ Garantias de empréstimo, por exemplo.

⁷⁰ Bonificações fiscais, por exemplo.

⁷¹ Art. 2, §3 – “Quaisquer subsídios compreendidos nas disposições do Artigo 3 serão considerados específicos.”

⁷² Art. 5 – “Nenhum Membro deverá causar, por meio da aplicação de qualquer subsídio mencionado nos parágrafos 1 e 2 do Artigo 1, efeitos danosos aos interesses de outros Membros, isto é: (a) dano à indústria nacional de outro Membro; (b) anulação ou prejuízo de vantagens resultantes, para outros Membros, direta ou indiretamente, do GATT 1994, em especial as vantagens de concessões consolidadas sob o Artigo II do GATT 1994; (c) grave dano aos interesses de outro Membro (...).”

⁷³ Art. 6, §1º - “Ocorrerá grave dano no sentido do parágrafo (c) do Artigo 5 quando: (a) o subsídio total, calculado *ad valorem*, ultrapassar 5 por cento; (b) os subsídios destinarem-se a cobrir prejuízos operacionais incorridos por uma indústria; (c) os subsídios destinarem-se a cobrir prejuízos operacionais incorridos por uma empresa, salvo se se tratar de medida isolada, não recorrente, que não possa ser repetida por aquela empresa e que seja concedida apenas para dar-lhe o tempo necessário par desenvolver soluções de longo prazo e evitar graves problemas sociais; (d) ocorra perdão direto da dívida, isto é, perdão de dívida existente com o governo, ou ocorra doação para cobrir o reembolso de dívidas.”

⁷⁴ “*In the 6 months from 1 August 1999 to 31 January 2000, the DSB received ten notifications from Members of formal requests for consultations under the DSU. During this period, the DSB established panels to deal with six new matters. It adopted Appellate Body and/or panel reports in nine cases*”. DSB - *Annual Report – 2000*. p. 61. Outros dados: “Em 30 anos (1946-1996), 96 casos foram submetidos à CIJ; em 4 anos (1995-1999), 183 casos foram submetidos à OMC”. PRAZERES, Tatiana Lacerda. O sistema de solução de controvérsias. In: BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC*. p. 42.

⁷⁵ Vide nota n. 38.

⁷⁶ Art. 22, §6 - “*Quando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro 15 nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje.*”

⁷⁷ A República Federal Alemã e o governo da Bavária concederam US\$ 400 milhões de garantias de empréstimos bancários para uma concorrente da Embraer, a *Fairchild Dornier*, o que não deixa de ser subsídio. Revista da Confederação Nacional da Indústria, n. 318, abr. 2000. p. 6.

⁷⁸ Conforme já mencionado, apenas legitimará medidas compensatórias o subsídio que se limitar a certas empresas, indústrias ou regiões.

⁷⁹ WT/DS46/R.

⁸⁰ WT/DS46/AB/R.

⁸¹ WT/DS46/RW.

⁸² WT/DS46/AB/RW.

⁸³ WT/DS46/ARB.

⁸⁴ WT/DS46/25.

⁸⁵ WT/DS70/R.

⁸⁶ WT/DS70/AB/R.

⁸⁷ WT/DS70/RW.

Bibliografia

BARRAL, Welber. Subsídios e medidas compensatórias na OMC. In: CASELLA, Paulo B; MERCADANTE, Araminta de A. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* São Paulo: Ltr, 1998.

CHEREM, Giselda da Silveira. Subsídios. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GUEDES, Josefina Maria; PINHEIRO, Silvia M. *Anti-dumping, subsídios e medidas compensatórias*. São Paulo: Aduaneiras, 1996.

IGNATOS, Miguel. *Embraer voa alto. Preparar o Brasil do novo milênio*, 1999.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LAMPREIA, Luis Felipe. O país e os desafios da OMC. *Diplomacia brasileira: palavras, contextos e razões*. Rio de Janeiro: Lacerda Ed. 1999.

PRADO, Victor Luiz do. A Organização Mundial do Comércio e a questão dos subsídios. In: LAMPREIA, Luis Felipe, GOYOS JUNIOR, Durval de Noronha. *O direito do comércio internacional*. São Paulo: Observador Legal, 1997.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. O sistema de solução de controvérsias. In: BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

SMITH, Adam. *The nature and causes of the wealth of nations: the works of Adam Smith*, London: Cadell, 1811.

THORTENSEN, Vera. *OMC: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras. 1999.

TREBILCOCK, Michael J. HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2nd ed. London: Routledge, 1999.

VAN MIERT, Karel. La Organización Mundial del Comercio y la política de competencia: la necesidad de considerar negociaciones. *Boletín Latinoamericano de competencia*. n. 4, ago. 1998.

VASQUEZ, José Lopes. *Comércio exterior brasileiro: siscomex importação e exportação*. São Paulo: Atlas 1999.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

A função de garantia da lei penal

Considerações acerca do princípio da legalidade

Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Sumário.

1. Introdução. 1.1. *Nullum crimen sine lex scripta*. 1.2. *Nullum crimen sine lex stricta*. 1.3. *Nullum crimen sine lex certa (Bestimmtheitgrundsatz)*. 1.4. *Nullum crimen sine lex praevia*. 2. Conclusão.

1. Introdução

Toda lei penal traduz uma decisão política (político-criminal), ou seja, esta dá origem àquela, apesar disso, o vínculo existente entre ambas é “quebrado” pelo princípio fundamental da legalidade, de máxima significação para a segurança jurídica. O princípio da legalidade (*Gesetzlichkeitsprinzip*) está descrito no art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, que expressa *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e no Código Penal em seu art. 1º com igual teor (na República Federal da Alemanha, o princípio da legalidade está no Art. 103, II, GG, no § 1. StGB e § 3. OwiG¹).

Segundo esse princípio, uma ação somente pode ser punida quando a punibilidade estiver determinada antes da ação ser perpetrada. Ou seja, os pressupostos da punibilidade e as conseqüências jurídicas do ato precisam estar determinados já na época do fato por meio de lei. Assim, desde já, pode-se afirmar que implica a exigência de legalidade (*nullum crimen sine lege*) como também a ameaça de sanções penais (*nulla poena sine lege*), sendo que sua formulação

Pablo Rodrigo Alflen da Silva é advogado criminal em Porto Alegre.

latina foi elaborada por Paul Johann Anselm von Feuerbach² – apesar deste ter-lhe atribuído vinculação à teoria da pena como coação psicológica, i.e., a lei penal devia preceder à conduta delituosa para cumprir sua função preventiva. Sua relevância atual é indiscutível, bem como sua hierarquia constitucional, expressando-se pelo fato de que todas as questões relativas às leis penais e à sua limitação têm de ser resolvidas a partir do princípio da legalidade. Sobre tudo, determina que somente por uma lei formal, isto é, um ato de direito de um órgão do Poder Legislativo, previsto constitucionalmente, pode-se criar delitos e penas. Trata-se de uma típica expressão de garantia formal do *Rechtsstaatsprinzip*³, o qual, por sua vez, significa que o exercício do poder estatal somente é possível sobre o fundamento da Constituição e no limite das leis, com o objetivo de garantir a dignidade do homem, liberdade, justiça e segurança jurídica.

Na República Federal da Alemanha, o princípio da legalidade foi estendido aos ilícitos administrativos (§ 3. OWiG), autorizando, inclusive, “incriminação” por parte de fontes subprimárias das autoridades centrais e periféricas. Segundo Günther Jakobs⁴, a lei, no sentido do princípio da legalidade, é toda norma jurídica escrita, quer se trate de uma lei formal, um regulamento ou decreto; porém, deve-se ter em vista que o Art. 104, 1 GG estabelece que somente por lei formal se pode impor pena privativa de liberdade. Há que se observar, ainda, que a Lei fundamental da República Federal da Alemanha prevê a competência da Federação e dos *Länder*⁵ para legislar em matéria penal; trata-se da hipótese de técnica de *Konkurrierenden Gesetzgebung* (Art. 74, 1 GG), embora não se exclua a possibilidade de o Estado reservar-se a produção legislativa (Art. 77, 2 GG), o que possibilita o recurso a leis penais em branco nos casos de concorrência legislativa, pois o Art. 80, 1 GG estabelece que os *Länder* podem ser autorizados por meio de lei federal a emitir decretos, embora a lei deva

determinar o conteúdo, objetivo e extensão da autorização outorgada, sendo que as regras principais encontram-se na Lei de Introdução ao StGB (Art. 1-4 EGStGB)⁶. A generalização da formação da lei determina um risco para a segurança jurídica, porque pode ser produzida por meio da vinculação excessiva a *cláusulas gerais* objetivamente distintas, que anulam a função de garantia da lei penal⁷. Assim, pelo princípio da legalidade se realiza a *função de garantia* da lei penal⁸ como uma “*Magna Charta des Verbrechens*” (Liszt) e este hoje é reconhecido por quatro desdobramentos: a fundamentação da pena e o agravamento não podem realizar-se por meio do Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lex scripta*), nem por meio de aplicação analógica da lei penal (*nullum crimen sine lex stricta*) e nem com força retroativa (*nullum crimen sine lex praevia*). Além disso, a lei penal deve ser precisa, ou seja, seu conteúdo e limites devem ser definidos pelo próprio texto de lei na medida do possível (*nullum crimen sine lex certa*)⁹. Como adverte Jescheck, os dois primeiros dirigem-se ao juiz e os últimos ao legislador, pois “*Der Grad der Bindung des Richters an das Gesetz wird bestimmt durch den Grad der Genauigkeit, mit dem der Gemeinwille im Gesetz zum Ausdruck gelangt ist*”¹⁰. E nesse sentido afirma Hassemer que “*der Richterspruch hat keine andere Aufgabe als die den Inhalt des Gesetzes auf den zu entscheidenden Fall hin zu konkretisieren. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist zwingend*”¹¹, embora, com razão, entenda que o princípio da legalidade vincula o juiz tanto pela proibição da analogia, como também pela proibição da retroatividade¹².

Doravante, a formulação atual de tal princípio requer uma análise mais precisa a partir da justificação dos seus quatro desdobramentos já mencionados, pois, sendo todas as questões relativas às leis penais e sua limitação resolvidas a partir do princípio da legalidade, é de fundamental relevância para a análise das leis penais em geral.

1.1. Nullum crimen sine lex scripta

Como pressuposto fundamental do princípio da legalidade, é indispensável uma lei absoluta, por meio da qual uma conduta deve ser declarada punível, ou seja, todas as normas escritas admitidas como fontes jurídicas regulares e dotadas de força obrigatória. Da exigência de uma *lex scripta* (*nullum crimen sine lex scripta*), portanto, resulta a inevitável exclusão do Direito consuetudinário, no sentido de que, costumeiramente, não se constitui nenhum tipo penal e nem se possibilita o agravamento da pena¹³. Nesse aspecto, a fundamentação da pena de um tipo de delito da Parte Especial está totalmente descartada.

O Direito consuetudinário não se forma por meio de ato jurídico formal e, como adverte Jescheck, “*Der Grund für den Ausschluss des Gewohnheitsrechts liegt in der Forderung, dass Strafnormen nur durch die Volksvertretung als höchstem Repräsentanten des Volkswillens in dem für die Gesetzgebung vorgesehen Verfahren erlassen werden dürfen*”¹⁴. Trata-se de fundamentação essencialmente representativa-democrática do princípio da legalidade, embora seja um grave equívoco concluir que o direito costumeiro esteja afastado por completo do âmbito do Direito Penal.

Por esse postulado, é igualmente exigida a imposição de penas privativas de liberdade por meio de uma lei formal, entendendo-se como lei formal o ato de vontade do poder legislativo em conformidade com o procedimento constitucionalmente previsto e proclamado regularmente¹⁵. Não obstante, disso não se exclui que a especificação precisa de tipos penais – como ocorre com as leis penais em branco – delegue-se do legislador à administração¹⁶. Contudo, a situação é distinta – e quanto a isso a literatura jurídico-penal é uniforme – quando se trata de aplicação do Direito consuetudinário nas hipóteses de benefício ao autor do fato punível, de maneira que, tanto para o caso de eliminação (causa supralegal de exclusão da ilicitude), como atenuação da

pena, é possível reconhecer a eliminação da lei penal por meio do Direito consuetudinário¹⁷, ou seja, sempre que o costume beneficie o cidadão, considera-se como fonte do Direito Penal.

Não obstante, como tem decidido o STJ, para revogar por *desuetudo* a norma penal, são exigidos o reconhecimento geral e a vontade geral de que a norma atue como Direito vigente, de modo que a mera tolerância ou omissão das autoridades na repreensão de certos delitos ou contravenções não implica a perda da eficácia da norma penal¹⁸. Jescheck já tem-se manifestado acerca desses pressupostos afirmando, com razão, que “*Im Strafrecht entsteht Gewohnheitsrecht vor allem durch den Gerichtsgebrauch, doch muß auch hier zur ständigen Übung die Anerkennung als Rechtsanwendung durch die Gemeinschaft hinzutreten*”¹⁹. Ou seja, o Direito consuetudinário, no âmbito do Direito Penal, obtém força e validade gerando uma convicção jurídica geral, por meio da aplicabilidade nas decisões judiciais e o reconhecimento social como Direito aplicado, pois, nesse caso, não se trata de interpretar um texto dado (texto de norma), mas de “formular linguisticamente” a norma a partir da conduta.

1.2. Nullum crimen sine lex stricta

O segundo postulado do princípio da legalidade conduz, enfim, tanto à proibição da analogia, como à interpretação da lei penal. Em princípio, por analogia compreende-se a aplicação de uma regra legal (para um ou mais tipos semelhantes existentes simultaneamente) a um caso isolado não regulado legalmente²⁰. Como afirmam Schönke/Schröder/Eser²¹, “*Es handelt sich daher um eine Methode richterlicher Rechtsfortbildung zur Auffindung und Ausfüllung (planwidriger) Regelungslücken. Die Lückenausfüllung kann sowohl durch Gesetzanalogie wie auch durch Rechtsanalogie erfolgen*”. Ambas distinguem-se pelo fato de que, de um caso regulado a um não regulado, transcreve-se o pensamento jurídico concluindo-se, no primeiro caso, pela norma legal individual

e, no segundo, por muitos tipos (*Tatbestände*), resultando, dessa maneira, o pensamento jurídico geral. Assim, em face da função de garantia da lei penal por meio da exigência de uma *lex praevia e scripta*, é proibido, no âmbito do Direito Penal, o emprego da analogia como meio de criação e ampliação da disposição penal, bem como do agravamento de penas para garantir a punição, pois, tratando-se de forma de supressão de lacunas, supõe a inexistência de texto de lei específico, aplicável ao caso. Trata-se de hipótese de analogia *in malam partem*.

De modo notável, expressa Jescheck²² que “*Der Begriff des Analogieverbots, wie er im wissenschaftlichen Sprachgebrauch allgemein verwendet wird, bedeutet den Ausschluß einer Rechtsanwendung, die über den durch Auslegung zu ermittelnden Sinngehalt einer Strafnorm hinausgeht*”, ou seja, o âmbito de aplicação da proibição da analogia estende-se, fundamentalmente, sobre todos os pressupostos do tipo penal, como também sobre as conseqüências da ação²³. Em relação aos pressupostos da punibilidade, a proibição da analogia abrange, antes de tudo, os elementos fundamentais do injusto, como também da culpabilidade, e isso vale, indubitavelmente, em qualquer caso para os tipos penais da Parte Especial, como às ameaças de pena também quando se encontram excepcionalmente na Parte Geral²⁴. Igualmente, sobre os pressupostos do injusto e da culpabilidade, a proibição da analogia abrange, também, eventuais circunstâncias que elevam ou respectivamente fundamentam a pena, bem como, acerca das conseqüências da ação, é inadmissível o agravamento da pena ou a imposição de penas acessórias não previstas. Ademais, Roxin tem ressaltado que a proibição da analogia também estende-se sobre as hipóteses de leis penais em branco:

“Es ist ferner auch für Blankettstrafgesetz gültig. Das sind (vor allem im Nebenstrafrecht vorfindbare) Strafdrohungen, die hinsichtlich der Strafbarkeitsvoraussetzungen auf andere Vorschriften

*verweisen. Bei ihnen gilt das Analogieverbot auch für die ausfüllende Regelung, die den eigentlichen Tatbestand darstellt”*²⁵.

Em vista disso, o intérprete-aplicador da lei, acerca da generalização com que a lei formula certos elementos positivos do delito, deve ser o mais específico possível, estreitando o âmbito de aplicação, isto é, nunca aumentando o nível de generalização ampliando seu âmbito de aplicação em face da proibição da analogia. Ao contrário, tem-se admitido a aplicação da analogia *in bonam partem*, sendo que, no âmbito da Parte Geral do Código Penal, pode haver quanto às atenuantes e causas de exclusão da pena e, na Parte Especial, até onde as disposições levem à limitação das penas e respectivamente da punibilidade²⁶. Porém, com razão, Roxin tem ressaltado que é proibida a ampliação de causas exculpantes ou excludentes da pena quando excedem os limites estritos do texto da lei; em vista disso, possibilita-se ao juiz o emprego de integração analógica.

Acerca da segunda hipótese decorrente do *nullum crimen sine lex stricta*, tem-se que interpretação, em sentido estrito, significa, na ciência jurídica, compreender e fazer compreensível o sentido jurídico de um texto, sendo que a partir daí se deduz que não há interpretação sem compreensão nem esta sem aquela. E isso possui estrita vinculação com a questão hermenêutica, pois, como adverte Hans-Georg Gadamer²⁷, “*Die Klassische Disziplin, die es mit der Kunst des Verstehens von Texten zu tun hat, ist die Hermeneutik*”. De modo que toda norma jurídica precisa ser interpretada e isso vale também quanto a “textos claros”²⁸, ou seja, há um total rechaço à aplicação da máxima romana *in claris cessat interpretatio*. Não obstante, os juristas do Direito Penal carecem de princípios elaborados para orientar suas escolhas metodológicas, de maneira que o Direito Penal vigente tem-se restringido aos métodos desenvolvidos por Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) em seu “*System des heu-*

tigen römischen Rechts”, partindo da orientação da hermenêutica clássica²⁹, levando em consideração os métodos lógico-gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Por meio do denominado método gramatical, procura-se verificar o significado das palavras de acordo com a linguagem legal ou natural; acerca disso a literatura penal tem tradicionalmente considerado essencial a terminologia jurídica.

Tal método encontra sua complementação no sistemático, pelo qual se pretende deduzir o sentido da lei pela posição na relação completa de uma lei, no contexto do sistema. Pelo método histórico, pretende-se extrair o sentido da lei de acordo com o contexto histórico geral em que ela se encontra e a partir daí explicar a matéria específica da lei. O método teleológico conduz a trabalhar o τέλος (fim) e o valor da lei, para que, de modo imediato, possa reconhecer-se o sentido imanente de uma disposição. Este último, os juristas do Direito Penal têm reconhecido como princípio geral³⁰ e Jeschek³¹ tem ressaltado que “*Dabei ist es wichtig, nicht nur nach den Rechtsgütern, deren Schutz der Gesetzgeber im Auge gehabt hat, sondern auch die sozialethischen Handlungswerte zu berücksichtigen, die bei der Aufstellung der Strafvorschrift entscheidend mitgesprochen haben*”, embora seja discutível, principalmente, quanto à consideração ao valor ético-social da ação, tendo em vista as diversas orientações a esse respeito, tanto de Welzel como às críticas elaboradas a este por Roxin, mas, certamente, por meio da contínua representação dos bens jurídicos protegidos, permanece garantida a interpretação diante do declínio ao formalismo.

Na perspectiva da hermenêutica contemporânea, baseada em Heidegger, “a interpretação é o processo, em que a compreensão dedica-se a compreender o ser”³². A interpretação é a elaboração da própria compreensão. A partir daí, Gadamer – consubstanciado na idéia de Dilthey, de que a compreensão está vinculada ao contexto da vida, e de Heidegger, de que a compreensão

é existencial – considera que compreender somente é possível quando já se parte com uma pré-compreensão no texto. De maneira que compreender é sempre uma atividade produtiva, não reprodutiva. O intérprete precisa saber que a compreensão do texto é sempre também uma aplicação³³. Portanto, Gadamer não se limita à unificação da compreensão e da interpretação, pois insere nisso, também, a aplicação. Gadamer renuncia aos pré-juízos (Vorurteil), tendo em vista que somente abstraindo esses é possível elaborar uma consciência histórica que permita transpor a visão de método do positivismo jurídico.

Mutatis mutandis, Enrique Bacigalupo³⁴, aderindo à orientação hermenêutica contemporânea com base em M. Heidegger e H. G. Gadamer, tem-se manifestado, em oposição aos métodos de orientação da hermenêutica clássica, afirmando que não se tratam apenas de métodos de estrutura distintos, senão que conduzem a soluções diversas referentes ao texto, bem como que as razões que determinam a aplicação de um ou outro meio são totalmente obscuras e que *não há método algum para decidir entre os distintos métodos*. Isso coaduna perfeitamente com a expressiva colocação de Gadamer de que “*Was Geisteswissenschaften zu Wissenschaften macht, läßt sich eher aus der Tradition des Bildungsbegriffes verstehen als aus der Methodennidee der modernen Wissenschaft*”³⁵.

A dogmática penal clássica, como os demais ramos jurídicos, está vinculada à clássica concepção de interpretação que parte do dogma da *mens legis* desenvolvida pela teoria objetiva, da qual o próprio Karl Binding (*Die Normen und ihre Übertretung*) foi um partidário. A partir da experiência hermenêutica, esse esquema já não é válido em face da superação do esquema sujeito/objeto (da teoria tradicional do conhecimento) que somente Heidegger consegue transpor situando-se além da problemática da subjetividade. Com isso, há uma transformação considerável na questão da interpretação dos textos de Direito Penal, eliminan-

do-se a falsa concepção do interpretar como “decifrar” o que está na lei (por meio da *mens legis* ou *mens legislatoris* cuja distinção atualmente é obsoleta, visto que ambas reportam-se a uma vontade), pois, em princípio, interpretação não só é privilégio do jurista-interpretante, como também do destinatário da norma.

1.3. Nullum crimen sine lex certa (Bestimmtheitsgrundsatz)

A questão da “determinação” (*Bestimmtheit*) ou certeza da lei penal necessita ser analisada com acuidade. No aspecto positivo, significa a função de garantia pela qual está colocada a máxima exigência de “determinação da lei”, que a punibilidade do ato precisa estar “legalmente determinada” antes de o fato ser cometido, e, além disso, somente com fundamento em uma lei vigente pode dar-se uma condenação penal.

Assim, esse princípio refere-se aos pressupostos jurídicos, i.e., às características que se referem à punibilidade da conduta. As leis penais devem distinguir claramente as proibições das autorizações, bem como os elementos do tipo devem identificar em concreto o alcance e o âmbito de aplicação do tipo penal³⁶. Por esse princípio se pressupõe que o indivíduo não deve apenas poder saber o que lhe é proibido penalmente, senão também com que pena lhe ameaça para o caso de infringência àquela proibição. Daí afirmar que se trata de princípio do *rechtsstaatlichen*, que radica na proteção constitucional da dignidade e responsabilidade do homem que o legislador deve observar e respeitar quanto à formação do Direito Penal, pois a partir daí é possível constatar que, para aplicar determinada sanção, está justificada a intervenção do Estado na esfera dos direitos do cidadão. E como brilhantemente tem ressaltado Klaus Stern

“Im Grunde handelt es sich bei der Klarheit und Bestimmtheit um einen Ausfluß der Rechtssicherheit, um eine Anforderung, die aus dem Wesen des Rechts abzuleiten ist. Rechtsnormen, die unklar,

unverständlich, sprachlich unzulänglich und unbestimmt formuliert sind, verfehlen ihr Ziel”³⁷.

Desse modo, afirmam ainda Schönke/Schröder/Eser que “*Das Strafgesetz kann seine Aufgabe, maßgebliche Grundlage der Strafbarkeit zu sein, nur dann erfüllen, wenn es sowohl die poenalisierte Tat wie auch deren Folgen mit hinreichender Bestimmtheit umschreibt*”³⁸, já que somente quando a lei penal estiver suficientemente determinada poderá o destinatário da norma, com auxílio no respectivo texto e a partir da interpretação desse, prever que conduta está proibida penalmente e que pena lhe é aplicada no caso de eventual violação³⁹. Nesse sentido, ressalta Jescheck que “*Auch in diesem Punkte die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips an das Strafrecht strenger als auf anderen Gebieten*”⁴⁰.

Sendo assim, a determinação dos pressupostos jurídicos de um fato punível falta se referente a ele não existe uma lei que descreva exatamente o injusto, pois, naturalmente, uma lei em virtude da qual se declare punível, por exemplo, a lesão de “bens personalíssimos” seria inconstitucional, visto que tais bens são plenamente possíveis de ser elencados (vida, integridade física, liberdade, etc.). Entretanto, segundo Schönke/Schröder/Eser, tal exigência não necessita ser extrema nem mesmo quanto às conseqüências do delito, tendo em vista que até alguns elementos puramente descritivos, sem valoração alguma, não são absolutamente determinados (são relativamente indeterminados, por exemplo, “obstáculo à subtração de coisa” no art. 155, § 4º, I, do CP)⁴¹, sendo que, nesse caso, autênticos elementos normativos (por exemplo, “alheio” nos crimes contra o patrimônio, “mulher honesta” nos crimes contra os costumes, a “condição análoga à de escravo” disposta no art. 149, CP) distinguem-se deles somente devido a seu maior grau de necessidade de valoração. E com razão afirmam os conspícuos autores que “*Übertriebene Bestimmtheitsforderungen bzw. ein völliger Verzicht auf normative Begriffsmerkmale*

*und Generalklauseln müßten dazu führen, daß die Gesetze zu starr und kasuistisch würden*⁴², não satisfazendo mais, assim, a multiformidade da vida, a mudança das relações e mesmo as peculiaridades de cada caso isolado, porque eles são indispensáveis, ou ainda, inevitáveis na elaboração dos tipos (*Tatbestände*) em face da adequação do Direito Penal às exigências contemporâneas, sendo, em certo aspecto, necessária essa “flexibilização”. Porém, há que se observar, ainda, nesse aspecto, que tanto o emprego de características normativas com excessiva despreocupação ou excessos de características do tipo, como a elaboração de tipos completamente indeterminados e de conteúdo vago colocarão a critério do juiz a tarefa da determinação exata, atribuindo-lhe arbítrio excessivo⁴³. Naturalmente, resulta entre a rigorosa exigência de determinação e a necessidade de “flexibilização” uma determinação legal suficiente, o que significa que a utilização de conceitos que necessitam de complemento de valoração e de cláusulas gerais será inconstitucional quando essa técnica legislativa for evitável⁴⁴. Em todo caso, permanece a exigência de que o legislador utilize tanto quanto possível conceitos determinados, pois, onde ao legislador se impõe, afasta-se ao juiz a decisão de um juízo positivo ou negativo seguro, apesar de lhe ser possível uma outra concretização.

Também quanto à ameaça de sanção, é exigida a observância do princípio da determinação (em decorrência do *nulla poena sine lege*), porém, nesse caso, é pouco rigorosa quanto à medida da pena aplicável, pois não é necessária a determinação absoluta da pena, embora não deva ficar a critério do juiz a escolha completa da espécie e medida de pena, de maneira que são estabelecidos limites. Desse modo, mensurado na idéia de justiça, precisam ser regulados o tipo e a consequência jurídica ajustada ao caso, tendo em vista que a ameaça de pena também é de significação decisiva para a caracterização, valorização e interpretação do tipo penal⁴⁵. Assim, o princípio da legalidade exi-

ge uma determinação ao menos também legal e não só interpretativa.

1.4. Nullum crimen sine lex praevia

O pressuposto do *nullum crimen sine lex praevia* não apresenta maiores dificuldades. Como decorrência do art. 5º, inciso XXXIX, juntamente com o inciso XL da CF/88 (e art. 1º, CP), consiste na quarta consequência do princípio da legalidade, segundo a qual resulta proibida a retroatividade da lei penal. Por meio de uma *lex praevia* proíbe-se tanto a fundamentação da pena como também o agravamento desta como resultado de Direito ulterior⁴⁶. A proibição da retroatividade das leis penais significa que uma conduta que à época do seu cometimento não era punível não poderá ser declarada, posteriormente, como punível, estendendo-se, além disso, a proibição a outros agravamentos posteriores da situação jurídica do indivíduo⁴⁷. Nesse sentido, trata-se de uma garantia ao cidadão que lhe assegura, ademais, que só será punido quando a lei estabelecer *previamente* que o fato cometido constitui crime e, por isso, é ameaçado com pena, garantindo, desse modo, que ninguém será surpreendido por sanções imprevisíveis⁴⁸.

Essa proibição da retroatividade não pode fundamentar-se *somente* pelo *Rechtsstaatsprinzip* e a preservação da dignidade humana ligada ao princípio da culpabilidade, senão por uma função político-criminal, pois as normas penais pressupõem a determinação dos indivíduos para certos comportamentos sociais já tipificados. Desse modo, esse postulado encontra fundamento ainda nos fins da pena tanto numa perspectiva monista como unificadora dialética. O primeiro aspecto a se analisar nesse sentido refere-se à pena retributiva que, mesmo sendo analisada sob a perspectiva kantiana, só se justifica em razão de o indivíduo ter infringido culpavelmente o ordenamento jurídico, exigindo que a culpabilidade seja compensada com um mal penal. Embora Jescheck tenha manifestado que o “*Anknüpfungspunkt des Schuldvorwurfs ist*

*nicht das Gesetz, sondern der materielle Unrechtsgehalt der Tat, der auch dann gegeben sein kann, wenn die Tat nicht mit Strafe bedroht ist*⁴⁹, a lei deve preexistir ao fato para que se afirme a potencial consciência da ilicitude, bem como se observe o livre arbítrio consubstanciado no poder-agir-de-outro-modo, em face da conduta exigida⁵⁰. Sob o aspecto da prevenção geral, a exigência do *nullum crimen sine lex praevia* é inerente à função motivadora da norma punitiva a partir dos seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas. É indispensável que a lei estabeleça previamente o fato delitivo para que o cidadão se sinta efetivamente motivado a não praticá-lo. Segundo Antón Oneca⁵¹, esse postulado possui ainda dois fundamentos, um de ordem prática e outro teórica. O primeiro consiste em que, se tivesse efeito retroativo, cada nova lei traria ao mundo uma revolução caótica das relações jurídicas ao remover todo o passado. E o segundo se refere aos direitos adquiridos pelo delinqüente que pode ser punido por uma lei que não pôde violar por não estar vigente na época da comissão do fato. Dessa forma, a lei penal deve ser entendida como aplicável apenas aos fatos cometidos após a sua entrada em vigência, excluindo-se as denominadas leis *ex post facto*. Não obstante, o art. 5º, inciso XL, CF/88 (e art. 2º, parágrafo único, CP, que igualmente estabelece a hipótese de *lex mitior*), reconhece uma exceção à irretroatividade da lei penal, para o caso de lei penal mais benigna; ou seja, se a lei vigente no momento do fato não é a mesma lei vigente no momento da sentença, há que se aplicar a lei mais favorável. Isso porque, no caso de agravamento posterior, que abarque a antiga hipótese, falta a plena identidade quantitativa com a lei vigente no momento do fato. Conquanto, a determinação de qual é a lei mais benigna, devido à sua complexidade, não é possível fazer abstratamente, senão apenas em face do caso concreto. Assim, deve-se resolver o caso de maneira hipotética, de acordo com uma e outra lei, comparando em seguida as solu-

ções para, enfim, determinar qual é a lei menos gravosa para o autor. De modo que se um crime é excluído por uma lei posterior, ocorre *abolitio criminis*, que implica a retroatividade da lei nova, fazendo cessar, por conseguinte, tanto a execução da pena, como o desaparecimento dos efeitos penais. Deve-se observar ainda a existência das chamadas leis intermediárias (*zwingengesetz*), ou seja, é aplicada também a lei mais favorável que entre a prática e o julgamento do ato tem vigência⁵².

Uma exceção à retroatividade da lei penal mais benéfica há no caso de a lei anterior ser uma lei temporária⁵³ ou excepcional, segundo o art. 3º do CP. Por lei temporária entende-se aquelas leis que devem valer por um período determinado ou por um acontecimento futuro delimitado no tempo (lei temporária em sentido estrito) ou de acordo com seu conteúdo, reconhecida apenas como regra provisória para circunstâncias temporárias especiais (lei temporária em sentido lato)⁵⁴, e leis excepcionais são aquelas que limitam sua vigência a um tempo determinado, mas incerto, que se caracteriza pela existência de uma circunstância excepcional. Nesses casos, não vigora a retroatividade penal mais benéfica estabelecida no art. 2º do CP, contudo, apresentam nesse aspecto um caráter constitucional duvidoso em face da regra da irretroatividade disposta no art. 5º, inciso XL, da CF/88, que estabelece como exceção a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.

2. Conclusão

A partir do princípio da legalidade torna-se possível limitar o abuso para fins de regulamentações ilegítimas. É indubitável, portanto, que o princípio da legalidade, enquanto expressão do *Rechtsstaatsprinzip* no Direito Penal, por meio do qual se realiza a função de garantia da lei penal, é fundamental para o desenvolvimento do Direito Penal. E, justamente por isso, seus postulados, que já desde a sua formulação a partir

do pensamento liberal-democrático de Feuerbach, têm sofrido alterações. Contudo, é preciso observar que não há mais retorno ao Positivismo do séc. XIX e, portanto, deve-se partir de uma visão pluralista da ciência e da filosofia (o que tem sido desenvolvido pelo notável jusfilósofo alemão Arthur Kaufmann), de maneira que, em Direito Penal, as teorias jurídico-formais estejam vinculadas à compreensão do significado do Direito, a hermenêutica, a qual, a partir de sua fundamentação contemporânea, insere modificações na base do princípio da legalidade, particularmente, em relação à questão da interpretação da lei penal (*lex stricta*). Outro aspecto que deve ser observado com acuidade é o referente ao postulado de *lex certa*, pois a multiformidade da vida reclama uma maior “flexibilização” das leis penais, possibilitando, aliás, a utilização de cláusulas gerais, quando o emprego de tal técnica legislativa for inevitável, tendo em vista que a própria exigência rigorosa de determinação tornaria as leis penais rígidas e casuísticas.

Notas

¹ Dispõe o Art. 103, II, GG: “*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*”, com idêntico teor o § 1. StGB. E o § 3. OWiG dispõe: “*Eine Handlung kann als ordnungswidrigkeit nur geahndet werden, wenn die Möglichkeit der Ahndung gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde*”.

²Sobre isso, ver RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, I, 1; KAUFMANN. Feuerbach, P. J. A. in: *Staats Lexikon*. S. 565-567.

³RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 1; no mesmo sentido, JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15.

⁴JAKOBS. *Derecho Penal*. p. 88.

⁵Os *Länder* são considerados como parte própria dos Estados Federados, não derivados da federação, senão reconhecidos a partir dela; acerca disso, comparar VOGEL, Hans-Joachim. Die bun-

desstaatliche Ordnung des Grundgesetzes. in: MAIHOFER, et al. *Handbuch des Verfassungsrechts. Teil Zwei*. S. 1054 ff.

⁶Sobre isso, com detalhes, BLEI, Hermann. *Strafrecht. Allg. Teil*. 12. Aufl., S. 1 ff.

⁷Comparar JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15, I, 3.

⁸Sobre isso, BVerfGE 25, 269 (272) vom 26. Februar 1969; JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15; comparar, ainda, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, I, 3.

⁹Porém, como ressaltam RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, I, 3, esses preceitos, no Direito Penal vigente, somente são concretizados em parte.

¹⁰ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15, I.

¹¹ HASSEMER. Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz. in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*. S. 194. No entanto, de modo oposto manifestava-se RADBRUCH. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. S. 167, ao afirmar que “*Eine an den Wortlaut des Gesetzes gebundene, durch diesen Wortlaut begrenzte und deshalb diesen Wortlaut voll gegen den Täter ausnutzende Auslegungsmethode würde den Geist des modernen Strafrechts in sein Gegenteil verkehren und eine rechtspolitische Gefahr hohen Grades bedeuten*”.

¹² HASSEMER. Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz. S. 203.

¹³ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, II, 2; JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15, III, 1; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, IV, 1; RADBRUCH. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. S. 165.

¹⁴ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht*. § 15, III, 1.

¹⁵ Comparar BÜLOW. Gesetzgebung. In: MAIHOFER. *Handbuch des Verfassungsrechts*. S. 1462. Nesse sentido, ainda, STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. I, S. 799, tem advertido que na prática isso significa que a lei formal, munida com o grau e predicado de uma decisão de maioria democrática, é, em todas as regras, expressão da justiça material.

¹⁶ Nesse sentido, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, II, 1.

¹⁷ Quanto a isso, ver SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 1, II, 2, a; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 1, IV, 2.

¹⁸ Nesse sentido, STJ, REsp. 54716-PR, DJ 28.11.1994, p. 32634; REsp. 11604-SP, DJ 2.9.1991, p. 11819; REsp. 2202-SP, DJ 2.4.1990, p. 2461.

- ¹⁹ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 12, IV, 1.
- ²⁰ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 1; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, V, 1.
- ²¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 1.
- ²² JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, III, 2 a.
- ²³ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, III, 2; no mesmo sentido, comparar, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 2.
- ²⁴ Acerca disso, ver ROXIN. *Strafrecht. Allg. Teil.* Bd. I, § 5, V, 2 a; que toma como exemplo o § 30, I StGB, ressaltando que é evidentemente inadmissível a imposição de pena contra a tentativa de instigação (*Anstiftung*) ao crime (§ 30, I) pela não-aplicação analógica de pena à tentativa de assistência (*Beihilfe*) ao crime.
- ²⁵ ROXIN. *Strafrecht. Allg. Teil.* Bd. I, § 5, V, 2 a.
- ²⁶ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, III, 2 d; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, IV, 1; comparar, ainda, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 3.
- ²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990. S. 169.
- ²⁸ Nesse sentido, JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 17, III, 1; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, IV, 1.
- ²⁹ Sobre o método clássico-hermenêutico, comparar BÖCKENFÖRDE. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation.* in: NJW, 46, 16. Nov. 1976, S. 2089 ff.
- ³⁰ Nesse sentido, JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 17, IV, 1b; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, IV, 1. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, IV, 5c.
- ³¹ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 17, IV, 1b.
- ³² SCHROTH. *Philosophische und juristische Hermeneutik.* in KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart.* S. 278.
- ³³ SCHROTH. *Philosophische und juristische Hermeneutik.* S. 279.
- ³⁴ BACIGALUPO. *Principios de Derecho Penal.* p. 35 e seguintes. Como tem ressaltado o autor, poucos trabalhos no âmbito do Direito Penal têm-se preocupado com a questão da hermenêutica, entre os quais cita os nomes de Cobo del Rosal e Vives Antón.
- ³⁵ GADAMER. *Wahrheit und Methode.* Bd. I, S. 23.
- ³⁶ BVerfGE 25, 269 (285); BVerfGE 47, 109 (120) vom 17. Januar 1978.
- ³⁷ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Bd. I, S. 829.
- ³⁸ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III.
- ³⁹ BVerfGE 47, 109; com detalhes, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III. E ainda no mesmo sentido RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, III, 1, afirmam que ela é suficiente quando a significação dos elementos do tipo é verificada por meio de interpretação segura.
- ⁴⁰ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, III, 3.
- ⁴¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III.
- ⁴² SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III, 1.
- ⁴³ A respeito da vinculação dos juízes à lei, ver a já mencionada tese de HASSEMER. *Die Bindung des Richters. passim.* Também ROXIN *Problemas fundamentais de direito penal.* p. 59, ressalta o fato de que disposições esvaziadas de conteúdo são pura e simplesmente inadequadas para proteger bens jurídicos. p. 59.
- ⁴⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 1, III, 1.
- ⁴⁵ BVerfGE 25, 269 (286). Nesse sentido, comparar também HEYDE, Wolfgang. *Rechtsprechung.* In: MAIHOFFER, et al. *Handbuch des Verfassungsrechts.* S. 1612.
- ⁴⁶ Comparar SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 2, I; RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* § 1, II, 1.
- ⁴⁷ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, IV, 1.
- ⁴⁸ Nesse sentido JAKOBS. *Derecho penal.* p. 111.
- ⁴⁹ JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, IV, 1.
- ⁵⁰ Sobre culpabilidade e uma concepção baseada no poder-agir-de-outro-modo, ver HASSEMER. *Schuld (III).* In: *Staats Lexikon.* 1995; ademais, CEREZO MIR, José. *Derecho penal. Parte General.* p. 13-35.
- ⁵¹ ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal.* p. 17.
- ⁵² JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, IV, 5; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar.* § 2, IV, 1.
- ⁵³ Acerca disso, ver JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht.* § 15, IV, 6; RUDOLPHI/HORN/SAM-

SON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 2, V; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB. Kommentar*. § 2, IV, 2.

⁵⁴ RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 2, V.

Permanência e transformação no direito constitucional brasileiro: algumas bases do problema

Gustavo Just da Costa e Silva

Sumário

1. Estabilidade e dinâmica no direito em geral. 2. Estabilidade e dinâmica no direito constitucional. Internalidade e explicitude da dimensão temporal e da polaridade de permanência e transformação. 3. A permanência. 3.1. Noção de permanência constitucional. 3.2. Importância da estabilidade. 3.2.1. Estabilidade constitucional e segurança jurídica. 3.2.2. Estabilidade constitucional e eficácia da constituição. 3.3. Os instrumentos da estabilidade. 3.3.1. A rigidez constitucional. 3.3.2. Os limites materiais da reforma. 4. A transformação. 4.1. Importância da transformação. 4.1.1. Para a tarefa integradora da constituição. 4.1.2. Para a legitimidade e eficácia da constituição. 4.1.3. Para a estabilidade da constituição. 4.2. Os instrumentos da dinâmica. 4.2.1. A reforma constitucional. 4.2.2. A chamada “mutação” constitucional. 4.2.3. Os limites da reforma e a abertura da constituição.

A Constituição de 1988 refere-se à sua própria reforma, e especialmente aos limites que lhe são fixados, de um modo particularmente complexo. O art. 60, § 4º, pretende excluir da atividade reformadora um universo de temas de uma extensão desconhecida do constitucionalismo clássico, correspondente porém a uma certa tendência verificada nos diversos processos de “reconstitucionalização” da segunda metade do século XX. Essa tendência consiste em apontar expressamente como limites à reforma a democracia e o Estado de direito, protegido em seus desdobramentos elemen-

Gustavo Just da Costa e Silva é mestre em Direito, doutorando na Universidade de Paris X, como bolsista do CNPq, professor licenciado da Faculdade de Direito de Olinda e Procurador da Fazenda Nacional.

tares: a separação dos poderes e os direitos fundamentais. Os exemplos mais notórios são a Lei fundamental de Bonn, de 1949, a Constituição portuguesa de 1976 e as diversas Constituições dos Estados da Europa oriental redemocratizados nos primeiros anos da década de 90. Nesses casos, como no nosso, a inovação inseriu-se num processo de restabelecimento da democracia, o que acentua a complexidade do problema: não se trata apenas de analisar e interpretar limites mais amplos (ao menos em sua literalidade), mas de fazê-lo levando-se em consideração a particular pretensão de validade e eficácia que se atribui a uma constituição democrático-liberal em seu intento de contenção jurídica do poder estatal. No caso brasileiro, esse ponto é mais sensível do que nos outros exemplos citados porque remete, para além da em princípio transitória tensão entre o novo e o velho, a uma contradição entre a forma jurídica e o projeto político declarado, de um lado, e a estrutura social subjacente do outro.

Os problemas suscitados pelo art. 60 incluem-se assim entre aqueles que a teoria constitucional até então desenvolvida no Brasil teria dificuldades em assimilar e que levaram à sua renovação atualmente em curso. É nesse contexto que se tem procurado retomar a reflexão sobre os limites da reforma constitucional, buscando-se elementos para se responder às inúmeras questões colocadas (já em termos concretos perante o Poder Judiciário e particularmente perante o Supremo Tribunal Federal) e que podem ser ordenadas em três grupos de problemas: a identificação dos limites, o valor que lhes cabe atribuir e a orientação geral que se deva dar à sua interpretação (SILVA, 2000, p.4). Uma das formas de estimular essa reflexão consiste em inserir o tema dos limites materiais da reforma constitucional no círculo problemático mais geral de que faz parte, e que se compõe de duas questões principais: a limitação jurídica do poder estatal e a tensão entre estabilidade e dinâmica (do direito em geral e da constituição em particular).

Interessa-nos aqui esse último. O objetivo deste artigo é assim o de esboçar uma reflexão sobre os termos em que a polaridade entre permanência e transformação está organizada no plano constitucional, e em especial sobre o papel que está reservado à reforma da Constituição e aos seus limites.

1. Estabilidade e dinâmica no direito em geral

Lidar com as transformações por que passam os ordenamentos jurídicos não costuma ser tarefa fácil para a ciência jurídica. O jusracionalismo, que, ao lado do ideário político liberal e democrático, ajudou a conceber o Estado constitucional, elaborou e legou uma representação do direito predominantemente estática; uma representação inspirada no modelo do jusnaturalismo profano, impulsionada pelos valores centrais de certeza e segurança nas relações e consolidada, entre inúmeros outros aspectos, pela oposição, à tradição das instituições historicamente formadas, da elaboração racional sistemática e idealmente definitiva, cujo produto mais típico foi a codificação procedida desde o final do século XVIII. Com a posterior preocupação de acomodar o saber jurídico ao paradigma positivista de cientificidade, a mutabilidade do direito positivo só poderia assumir um valor tendencialmente negativo, como na conferência de von Kirchmann. Com o formalismo da Teoria Pura e a sua separação entre ser e dever ser, entre a norma e a realidade, tende a acentuar-se o sacrifício da historicidade do direito, de que as transformações do direito positivo são uma óbvia expressão (Cf. SALDANHA in: LOZANGO, 1997, p.141-150). Não são apenas as transformações efetivamente ocorridas que escapam assim ao “controle” do jurista; são também as mudanças que poderiam ter ocorrido, mas não vieram, bem como aquelas que se pretenderam considerar, a algum título, inadmissíveis. Se o tempo traduz a *possibilidade* de mudar¹, e portanto uma alternativa entre preservação e trans-

formação, a inaptidão a lidar com a mudança é também, em última análise, inaptidão a lidar com a permanência, especialmente em sua convivência com a mudança; é o direito como objeto histórico que se tem dificuldade de apreender. O *desenvolvimento* dos ordenamentos jurídicos é sempre uma combinação de transformação e de permanência, mesmo quando se está aparentemente substituindo o sistema antigo por um outro inteiramente novo. Como observa Losano, graças à sua “viscosidade”, o direito tende a conservar as próprias estruturas mesmo para além dos confins que a história lhe estabelecera².

A adequada ordenação teórica dos problemas (gerais e específicos) ligados ao desenvolvimento do direito positivo, isto é, à tensão entre estabilidade e dinâmica, parece assim depender da superação da teoria jurídica positivista. Não por acaso muitas das correntes do pensamento jurídico pós-positivista contêm elementos de uma metódica jurídica “temporalmente ajustada”. Explicitamente, a teoria da interpretação pluralista de Häberle, que identifica na publicidade, na abertura ao futuro e na processualidade os traços definidores de uma compreensão constitucional que faça “justiça ao tempo”³. Implicitamente, por exemplo, a teoria da argumentação jurídica de Alexy, que ao se definir como uma teoria procedimental insere a justeza prática e com ela a racionalidade do saber jurídico numa dimensão histórico-concreta.

2. Estabilidade e dinâmica no direito constitucional.

Internalidade e explicitude da dimensão temporal e da polaridade de permanência e transformação

No plano constitucional, a tensão entre estabilidade e dinâmica assume contornos específicos. A imagem estática do direito projetou-se fortemente sobre a constituição, desde os inícios do constitucionalismo, e ainda hoje é válido dizer que nenhum outro

âmbito do direito está tão vinculado ao ideal de uma especial solidez e estabilidade quanto o direito constitucional⁴. É verdade que a idéia radical de imutabilidade da constituição, ligada ao jusnaturalismo contratualista e ao correspondente conceito de constituição como obra fundada nas bases imutáveis da razão e da justiça, foi temperada, já no contexto dos processos revolucionários francês e americano, e sem abandonar o contratualismo, pela separação entre pacto social e ato constitucional, de maneira que apenas para a modificação do primeiro seria exigível a unanimidade (Ver VEGA, 1985). Mas a concepção predominantemente estática permaneceu, como o demonstra a instituição de procedimentos reformadores extremamente dificultados por parte dos dois primeiros grandes marcos positivos do constitucionalismo: a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791; demonstra-o do mesmo modo o fato de que a ausência, em algumas constituições do século XIX, de previsão de um processo reformador foi interpretada por muitos espíritos da época como expressão de sua qualidade de irreformável. De todo modo, existem fatores atuais, abordados adiante, que explicam como a estabilidade constitui um valor central na configuração concreta das constituições e na sua representação tanto teórica como popular. Em contrapartida, em nenhum outro âmbito de regulação da vida social refletiram-se de modo tão nítido as transformações sociais e políticas ocorridas nos últimos dois séculos, o que acabou por fazer da abertura a tais transformações – vale dizer, da capacidade de absorvê-las e integrá-las – um valor igualmente central na concepção contemporânea da constituição. Assim, a relação entre dinâmica e estabilidade da constituição é, além de particularmente complexa, “interna” à própria constituição. Em outras palavras, os aspectos da problemática temporal não são simplesmente projetados sobre a constituição de um ponto de vista externo; são já objeto da própria regu-

lação constitucional: a previsão da reforma, o estabelecimento de condições formais e circunstanciais para o seu exercício, a fixação de um núcleo substancial excluído do poder reformador, a organização principiológica dos grandes temas da constituição etc.

Além de vital à realização balanceada das funções da constituição⁵, o equilíbrio entre permanência e transformação no plano constitucional é importante para a obtenção desse mesmo equilíbrio no direito como um todo: entre outras razões, porque todos os grandes domínios do direito infraconstitucional encontram hoje na constituição algum aspecto central de sua regulação (imanência constitucional de todo o direito)⁶.

3. A permanência

3.1. Noção de permanência constitucional

O ideal da estabilidade da constituição realiza-se de duas maneiras básicas: a permanência das normas constitucionais e a permanência da ordem constitucional.

A permanência das normas pode ser formal, quando permanece inalterado o texto do dispositivo constitucional, ou substancial, quando é o conteúdo da norma que não se modifica; correlatamente, a transformação também pode ser formal ou substancial. A transformação substancial pode conviver com a permanência formal, quando o sentido da norma se altera sem que se modifique o seu texto, o que pode significar um sacrifício menos intenso da estabilidade do que aquele que decorreria de uma transformação material operada mediante modificação formal. Já a transformação do texto implica normalmente modificação substancial e, portanto, sacrifício da estabilidade. Essa transformação formal e substancial pode, ainda assim, corresponder a uma determinada exigência de estabilidade nas hipóteses em que a constituição imponha a observância (a permanência) de um determinado conteúdo *essencial*, e não de todos os aspectos atualmente regulados da matéria.

A permanência da *ordem* constitucional expressa a continuidade no tempo da constituição enquanto fundamento de validade da restante ordem jurídica. É a inexistência de ruptura no “escalão de direito positivo mais elevado” (Kelsen), ruptura que ocorreria com o surgimento de uma atividade constituinte nova, anterior, do ponto de vista lógico-sistemático, ao restante do ordenamento, ao qual se anteporia a sua obra, renovando-lhe a fonte de validade. Embora esteja vinculada a um critério em primeira linha de ordem formal (permanência da fonte), a continuidade da constituição pressupõe alguma permanência (substancial) das suas normas. A constituição não se legitima e identifica apenas pela autoridade que lhe deu forma, mas também por seu conteúdo fundamental⁷. Esse conteúdo faz parte da identidade da constituição. A previsão de limites materiais ao poder reformador deixa manifesta a vinculação entre continuidade e permanência substancial, na medida em que o afastamento de um determinado conteúdo somente se torna possível mediante subversão, por parte de um poder constituído, da *autoridade* que elaborou o documento constitucional e estabeleceu aqueles limite⁸. Também é essa concepção que está por trás da tese segundo a qual aquele conteúdo que se possa considerar identificador da constituição, por expressar por exemplo a “decisão política fundamental”⁹, constitui limite à ação do poder reformador, ainda que a constituição não institua limitações expressas. Quanto a saber se a modificação formal da totalidade das normas constitucionais implica necessariamente a descontinuidade da ordem constitucional, é algo que depende – além é claro de se aferir a extensão da correspondente modificação substancial – da posição que se adote quanto à possibilidade de serem reformadas as normas que dispõem sobre o processo revisor. Negando-se tal possibilidade por considerá-la um absurdo lógico, responde-se afirmativamente àquela questão. Admitindo-se sem qualquer reserva a

revisão das normas sobre reforma por se negar, expressa ou implicitamente, a existência de hierarquia entre poder constituinte e poder reformador, responde-se-lhe negativamente. Para a concepção aqui assumida (Ver Silva, 2000, cap. 4), o sentido e o fundamento do Estado constitucional impedem que sejam afastadas as condições essenciais previstas para o exercício do poder reformador, mas não obstam a que as correspondentes fórmulas sejam modificadas no sentido de sua atualização, sobretudo em aspectos que não afetem a rigidez da constituição, o que significa admitir a possibilidade de *reformulação* das normas sobre reforma e aceitar a possibilidade teórica de continuidade constitucional mesmo diante da modificação formal de todos os dispositivos constitucionais¹⁰.

3.2. Importância da estabilidade

A importância da estabilidade constitucional para os ordenamentos jurídicos contemporâneos pode ser explicada a partir de dois fatores centrais.

3.2.1. Estabilidade constitucional e segurança jurídica

As expectativas de estabilidade dirigidas ao direito como um todo chocaram-se, no contexto da sociedade industrial, com uma atividade normativa – legislativa e regulamentar – incessante e abrangente. Na medida em que da supremacia da constituição decorre a idéia de permanência como regra e mudança como exceção, a estabilidade constitucional surge como contrapeso à de outro modo ilimitada mutabilidade do direito. “A torrente legislativa é menos ameaçadora quando o legislador não pode produzir o direito que lhe aprouver, estando ao contrário ele mesmo vinculado a normas”¹¹. Não é de estranhar, portanto, que a generalização da rigidez constitucional tenha ocorrido no século XX. Assim, o vínculo entre a estabilidade da constituição e a realização da segurança jurídica aparece particularmente estreito, uma vez que a realização es-

pontânea desse ideal, no conjunto da ordem jurídica, viu-se reduzida como resultado de um processo histórico que acelerou e intensificou o fato da mudança do direito.

3.2.2. Estabilidade constitucional e eficácia da constituição

A estabilidade da constituição é, por outro lado, um fator favorável à efetividade das normas constitucionais.

A teoria constitucional contemporânea, ao superar a concepção lassalliana de um cotidiano sucumbir da constituição “jurídica” em face da “constituição real”, tornou possível à própria ciência jurídica enquanto ciência normativa considerar e explorar os aspectos do condicionamento recíproco que existe entre a constituição e a realidade político-social. A noção de *força normativa da constituição*, desenvolvida por Konrad Hesse, expressa o essencial dessa concepção. A constituição, de acordo com Hesse, institui normas que exigem condutas humanas, mas que não são essas condutas. Sua realização no mundo dos fatos não decorre da vontade do constituinte histórico, mas de um complexo de fatores agrupados no conceito de força normativa da constituição. Os pressupostos de desenvolvimento da força normativa relacionam-se com o conteúdo das normas constitucionais e com a *praxis* constitucional. Quanto ao seu conteúdo, as normas constitucionais precisam apresentar *possibilidade de realização*, que se traduz pela vinculação às forças espontâneas e às tendências de seu tempo. Uma normatização terá menos chances de realização quanto mais desconectada estiver das tendências naturalmente verificadas na sociedade. A constituição não se presta nem à simples chancela positiva da realidade presente (como pareceu a Lassalle)¹² nem à concepção de projetos quiméricos para cuja realização não concorram fatores sociais. “A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente” (HESSE, 1991, p.18). A força normativa da constitui-

ção não desaparece necessariamente por estar a norma em contradição com a realidade atual, mas somente existe se o conteúdo da norma encontrar respaldo ao menos numa realidade potencial, latente, cujos elementos já se fazem presentes, embora possam estar dispersos ou pouco desenvolvidos. As possibilidades de realização da constituição aumentam na medida em que seu conteúdo esteja aberto às transformações sociais, limitando-se à estatuição de princípios fundamentais. “A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição” (Idem, p.21).

Do ponto de vista praxiológico, “a força normativa da constituição está condicionada à *vontade atual* dos participantes da vida constitucional de realizar o conteúdo da constituição”. A consideração do conteúdo da constituição como vinculante e a determinação de realizá-lo mesmo diante de resistências ou contra os próprios interesses imediatos são pressupostos da força normativa da constituição. A isso Hesse denominou *vontade de constituição*. Evidentemente, a possibilidade de realização da norma constitucional deverá ser tanto maior quanto menos expressiva for a vontade de constituição, e inversamente¹³.

Também Loewenstein acentuou o papel da estabilidade na formação do “sentimento constitucional”: um elevado sentimento de respeito à constituição, capaz até de originar uma mitologia das constituições que logrem permanecer por um período muito longo de tempo, como a Constituição norte-americana. “Quanto mais acostumada estiver uma nação à sua constituição, mais se resguardará de tocá-la mediante reforma constitucional” (LOEWENSTEIN, 1961, p. 27).

A permanência constitucional tem assim uma importância que transcende o conteúdo que permanece: a própria permanência é, como tal, um valor. Isso por si só já seria fundamento bastante para a rigidez consti-

tucional¹⁴. Só que com isso não se está resolvendo a tensão entre estabilidade e dinâmica, mas apenas distinguindo os dois níveis do problema: a alternativa entre permanecer e mudar não é apenas uma escolha entre dois conteúdos, é também uma combinação entre as funções a que mais abstratamente correspondem a permanência e a transformação, o que implica a exigência de uma fundamentação em dois tempos. “As razões para a nova solução precisam ser tão boas que justifiquem não apenas a nova solução, mas também o rompimento com a tradição” (ALEXY, 1966, p. 327)¹⁵.

O papel da estabilidade constitucional como fator formador da força normativa da constituição merece especial atenção em contextos nos quais, a exemplo do nosso, as grandes disfunções sociais se relacionam muito mais estreitamente com a insuficiente efetividade das normas em vigor do que com as imperfeições de seu conteúdo.

3.3. Os instrumentos da estabilidade

3.3.1. A rigidez constitucional

A rigidez constitucional é o mais tradicional dos instrumentos jurídicos destinados a assegurar à constituição uma especial duração. Classicamente são consideradas rígidas as constituições que prevêm para a modificação de suas normas, ou para a produção de adicionais normas com força constitucional, a adoção de um procedimento dificultado em relação ao procedimento previsto para a formação das leis ordinárias. Evidentemente que, para que a rigidez cumpra sua função, a maior dificuldade não se pode limitar a simples formalidades secundárias ou mesmo a uma pouco expressiva qualificação de quorum. “A função do agravamento não se cumpre pelo simples fato de tornar mais difícil a formação da lei constitucional; resulta antes do recurso a certas particulares dificuldades idôneas a conferir-lhe um cunho de maior autoridade ou a formar em torno de si um consenso mais amplo, ou a atestar a existência de uma von-

tade mais consolidada” (MORTATI, 1962, p. 188). O próprio Bryce, que parece ter sido o primeiro a propor a utilização dos conceitos de constituição rígida e constituição flexível, enfatizava na caracterização da rigidez a configuração de uma autoridade superior da qual decorreria, para as normas constitucionais, uma força derogadora das leis produzidas pela legislatura ordinária (Ver BRYCE, 1896, p. 360-361).

Por representar, como se verá adiante, um dos mais relevantes instrumentos da limitação jurídica do poder estatal, e por responder a uma expectativa de segurança jurídica que o Estado da sociedade industrial até certo ponto frustrara no tocante ao direito ordinário, a rigidez constitucional é hoje uma espécie de axioma do direito constitucional. A existência, apesar disso, como absolutas exceções, de constituições flexíveis, cujo exemplo mais expressivo é a constituição do Reino Unido, apenas demonstra que a presença de fatores *políticos* eficientemente asseguradores de uma constância da vida constitucional pode tornar menos relevantes e até supérfluos os instrumentos de *rigidez jurídica*¹⁶. Prova disso é que a juridicamente flexível constituição inglesa é muito mais estável do que a grande maioria das constituições juridicamente rígidas mundo afora. Inversamente, a mais acentuada rigidez pode ser inócua caso se choque com uma realidade política fortemente desestabilizadora. A Constituição francesa de 1791, por exemplo, previa um procedimento revisor praticamente irrealizável, mas não conseguiu impedir a instauração do Terror e a sua revogação apenas um ano depois de sua aprovação.

A rigidez conhece naturalmente graduações em função das diferentes técnicas de agravamento do processo revisor. O mais tênue dos agravamentos consiste em atribuir a competência revisora ao mesmo órgão que detém as atribuições legislativas ordinárias, exigindo-se porém um quorum qualificado para a aprovação da proposta. Um exemplo dessa forma fraca de rigidez é

o da Lei Fundamental de Bonn (art. 79). A rigidez é mais forte quando se exige a aprovação em duas legislaturas seguidas ou quando o órgão legislativo não tem competência para reformar sozinho a constituição, sendo necessária a participação, por exemplo, do povo ou dos Estados federados. Uma das constituições mais rígidas da história do constitucionalismo é justamente aquela que está em vigor há mais tempo. A Constituição norte-americana de 1787 institui, em seu artigo V, uma alternativa entre dois procedimentos. Pelo primeiro, as emendas devem ser aprovadas por $\frac{3}{4}$ das legislaturas do Estado, mediante provocação de $\frac{2}{3}$ de cada Casa do Congresso: como todos os Estados americanos, à exceção do Nebraska, têm Poder Legislativo bicameral, isso significa que as emendas devem ser aprovadas por pelo menos 75 parlamentos¹⁷. O outro procedimento, poucas vezes tentado, exige a iniciativa de $\frac{2}{3}$ das legislaturas estaduais, seguida da convocação, pelo Congresso, de convenções destinadas a tal fim em cada um dos Estados, devendo a proposta ser aprovada por $\frac{3}{4}$ das convenções¹⁸. O papel dessa acentuada rigidez na longevidade da Constituição norte-americana não pode ser desprezado. A última emenda (a 27ª em 211 anos) foi aprovada em 1992, tendo sido proposta em março de 1791 (DI RUFFIA, 1994, p. 28).

A rigidez da Constituição de 1988 pode ser considerada branda. Em primeiro lugar, o Congresso Nacional pode reformar a Constituição sem que para isso se exija o concurso de nenhuma outra instância de decisão política: Presidente da República, eleitorado ou Estados. Em segundo lugar, o quorum de aprovação de $\frac{3}{5}$ dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, fixado no art. 60, é um dos menos qualificados de que dão notícia os estudos comparativos. A exigência de dois turnos – ausente, por exemplo, na Constituição alemã, que todavia exige quorum mais difícil de ser obtido ($\frac{2}{3}$)¹⁹ – não chega a expressar um agravamento significativo na medida em

que a Constituição não estipulou um intervalo mínimo entre os turnos de votação; é esse intervalo que justifica, nas constituições que o adotam, a exigência de dupla votação como um meio de expressar um consenso mais consolidado sobre a proposta²⁰. Evidentemente que a aferição do grau de rigidez constitucional não depende apenas da configuração normativa do procedimento reformador, mas também do modo como essa configuração se relaciona com o sistema e a práxis político-partidários. Dessa combinação pode resultar uma rigidez mais acentuada do que sugere o texto da constituição: é o que ocorre, por exemplo, quando não se verifica uma hegemonia partidária capaz de obter o quorum fixado, ainda que pouco expressivo, sem uma razoável adesão dos partidos antagônicos. Mas não é esse o caso do Brasil. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o órgão legislativo tem visto a formação de blocos partidários de sustentação do Governo que, quando eventualmente não detêm os 3/5 dos votos de ambas as Casas, necessitam para tanto apenas do apoio de pequenos partidos periféricos. Uma particularidade da práxis político-partidária no Brasil parece ser a às vezes acentuada discrepância entre a atuação de alguns parlamentares e a expressa orientação política dos respectivos partidos. Recentemente os projetos de reforma constitucional de interesse do Presidente da República relativos à Administração Pública e à Previdência Social encontraram obstáculos muitos mais decisivos na falta de adesão integral dos partidos da situação do que na – em nada surpreendente – resistência dos partidos de oposição. Que isso se relacione não apenas com a imperfeição do nosso sistema partidário, mas também com a imaturidade da vida política nacional – que desde a Independência teve mais tempo para se acomodar ao autoritarismo do que para se educar na democracia –, é dificilmente questionável. Em que medida esse fenômeno tem relevância para enfraquecer a hegemonia partidária condutora do processo reforma-

dor é algo que ainda carece de estudos socio-políticos específicos. De qualquer maneira, a própria atividade reformadora da Constituição confirma, por sua intensidade, o reduzido grau da rigidez estabelecida pelo art. 60.

A instituição da rigidez relaciona-se, em primeira linha, com os usualmente chamados limites formais e circunstanciais da reforma constitucional, isto é, com as condições – positivas e negativas – de validade do procedimento reformador. Mas a relativamente tênue rigidez da Constituição de 1988 é um dado da maior relevância para o equacionamento geral da tensão entre estabilidade e dinâmica, e que portanto deve ser levado em consideração quando se trate de explicar e interpretar os limites materiais em função do equilíbrio desses dois elementos.

3.3.2. *Os limites materiais da reforma*

A instituição de limitações materiais ao poder reformador também pode ser explicada como um instrumento de estabilidade constitucional. Busca-se com elas a estabilidade da constituição mesmo diante do poder reformador. Enquanto o agravamento do processo revisor pretende proteger o texto constitucional contra a política constitucional precipitada, os limites materiais buscam proteger a constituição contra o absolutismo da maioria reformadora²¹. Por isso mesmo a técnica das “cláusulas pétreas” já foi qualificada de “rigidez de segundo grau”²².

Essa “supra-rigidez” tende a reforçar a garantia de estabilidade no âmbito do conteúdo fundamental da constituição. Nesse âmbito, a obtenção dos benefícios proporcionados pela estabilidade (eficácia da constituição e segurança jurídica) adquire um significado igualmente fundamental. Trata-se, por um lado, de fortalecer, pela tradição que se logre obter e pela vontade de constituição que com ela se consiga formar, a autoridade dos princípios definidores do Estado de direito e da democracia. Por outro lado, assegura-se que a comunidade política não verá sacrificadas aquelas conqui-

tas político-jurídicas essenciais das quais não deseja abrir mão. Por certo que essa segurança não é absoluta, e sim relativa à ordem constitucional em vigor; mas já não é de pouca relevância a garantia de que aquelas conquistas estão acima da política cotidiana, não podendo ser postas em questão pelos órgãos estatais legitimados pela constituição²³. Isso já demonstra como os limites materiais, ao estabelecerem um marco substancial que permite diferenciar a mudança legitimada e a ruptura da ordem, dão sentido à idéia de permanência da constituição (continuidade constitucional). Se com a rigidez se busca a estabilidade dos preceitos constitucionais (permanência formal das normas), com os limites é a própria constituição como tal que se quer estável, pretendendo ser “uma duradoura constância jurídica *no tempo* e apesar dele”²⁴.

Como se vê, a rigidez proporciona uma estabilidade realizada em primeira linha mediante permanência formal das normas, enquanto os limites materiais propiciam uma estabilidade relacionada principalmente com a permanência de determinados conteúdos e com a continuidade da ordem constitucional²⁵.

4. A transformação

4.1. Importância da transformação

4.1.1. Para a tarefa integradora da constituição

Tão fortes quanto as razões que justificam a busca da estabilidade da constituição são aquelas que exigem a sua aptidão à mudança. A própria dinâmica do objeto mesmo da regulação constitucional, que é o processo político e social, torna difícil imaginar uma fixidez da constituição²⁶. A mobilidade da constituição é, assim, necessária até mesmo ao desempenho da sua tarefa de conformação do Estado; tarefa que implica a obtenção e a preservação da *unidade* política da comunidade, e com isso o aprimoramento da *forma* e do *controle*; função,

portanto, racionalizadora e *estabilizadora*. No contexto da sociedade industrial, compreende-se mais claramente que a unidade política não constitui, ao contrário do que parecia às visões oitocentistas, uma qualidade “natural” e abstrata da coletividade, um atributo a ser pressuposto em decorrência de uma hegemonia cultural, étnica, ideológica, religiosa ou de alguma outra espécie, e sim um *processo* histórico concreto, uma constante busca de “unificação da pluralidade”, processo que não exclui os conflitos, antes os busca permanentemente superar e dessa superação converter a multiplicidade de interesses, aspirações e comportamentos numa unidade de tipo funcional²⁷. Correlatamente, a unidade do ordenamento (unidade jurídica), em cuja formação a constituição tem papel fundamental, não pode ser considerada um atributo lógico do ordenamento, como a qualificava a Teoria Pura do Direito, mas um problema, um processo (como tal, dinâmico) de unificação (Ver ZAGREBELSKI, 1993, p.35). De um modo mais geral, a processualidade (historicidade) da unidade jurídica justifica que se qualifique de aberto o “sistema” do direito positivo, “entendendo-se por essa abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema”(CANARIS, 1989, p. 104).

4.1.2. Para a legitimidade e eficácia da constituição

A adaptação da constituição às transformações políticas e sociais permite controlar a adequação das normas constitucionais ao objeto de sua regulação, recuperando com isso a sua “possibilidade de realização” acaso afetada com o decurso do tempo ou por uma imperfeição originária, e colaborando assim para a consolidação da força normativa da constituição. A “vontade de constituição” é outro elemento que, embora esteja relacionado mais estreitamente com a estabilidade, depende em determinadas circunstâncias da aptidão transformadora da constituição. Vontade de consti-

tuição não é a vontade do constituinte histórico, e sim a vontade dos seus destinatários atuais; não dispondo a força de eficácia da constituição de um guardião superior, depende sempre da confirmação e legitimação – permanentes e constantemente renovadas – por parte dos agentes da vida constitucional. A abertura à transformação é, então, um meio de renovar o consenso ou o assentimento sobre a constituição e, portanto, opera como elemento ao mesmo tempo integrador (no sentido de reforçar a eficácia) e legitimador.

4.1.3. Para a estabilidade da constituição

A observação que se fez acima sobre a relação entre estabilidade da constituição e segurança jurídica poderia parecer desautorizada pelo fato de ser possível apontar determinadas leis e especialmente códigos que duram mais do que as constituições. Pense-se nos grandes monumentos legislativos do direito privado: o Código Civil brasileiro, por exemplo, que permaneceu enquanto as constituições eram substituídas, sobrevivendo ao fim da primeira República, ao Estado Novo, à redemocratização de 1946, ao parlamentarismo, ao regime militar. Não se afirmou, é certo, que seria sempre a constituição que realizaria o ideal da segurança jurídica, e sim que seria sobretudo dela que se esperaria, e se poderia esperar, a preservação daquele ideal. Além disso, a permanência dos grandes documentos legais não deve gerar ilusões: o direito civil de hoje obviamente não é o mesmo de 1917. O que é preciso admitir, porém, é que no direito constitucional os “saltos bruscos” são mais suscetíveis de ocorrer do que no direito privado, dada a maior dramaticidade e impacto com que se manifestam as transformações da vida política. Isso apenas pode significar que, para preservar a expectativa de segurança jurídica que se dirige à sua estabilidade, a constituição precisa estar apta a absorver o impacto dessas transformações. Os mecanismos criados para assegurar à constituição uma maior

durabilidade precisam estar organizados de modo que as portas da legalidade permaneçam tanto quanto possível abertas àquelas transformações, que do contrário buscarão outra forma de se impor à organização jurídica do Estado e da sociedade.

Assim, a transformação significa, necessariamente, um sacrifício da permanência formal ou substancial das normas constitucionais, ou de ambas. Mas é sempre, desde que observados os limites e condições estabelecidos na constituição, um fator que torna possível a continuidade da ordem constitucional. É a dinâmica constitucional *regrada* que pode evitar a ruptura e proporcionar estabilidade no sentido da permanência histórica da constituição.

4.2. Os instrumentos da dinâmica

4.2.1. A reforma constitucional

Em termos teóricos gerais, entende-se por reforma constitucional a expressa produção, pelo órgão ao qual a constituição atribui essa competência, de normas que se integram à constituição enquanto parâmetro mais elevado de validade da restante ordem jurídica. Qual a relação existente entre essas normas (normas reformadoras) e aquelas contidas na constituição desde a sua promulgação (normas constitucionais originárias) é algo que será abordado mais adiante. Reforma constitucional e revisão constitucional são nesse sentido expressões equivalentes. Em termos de dogmática constitucional, porém, a disciplina positiva pode tornar aconselhável uma distinção entre as duas expressões para designar processos diferentes que uma mesma constituição tenha eventualmente previsto para a sua modificação. A Constituição brasileira de 1934, por exemplo, instituiu a revisão e a emenda constitucionais, distinguindo-as de acordo com a matéria a ser objeto de regulação, prevendo para cada qual um procedimento próprio (art. 178). Aludia à sua “reforma” como um supraconceito que tinha como subespécies a emenda²⁸ e a revisão. A precipitação dos

fatos históricos não deu chance à dogmática constitucional de consolidar uma terminologia correspondente àquela estruturação positiva. A Constituição de 1988 não faz uso do termo “reforma”. Prevê, no art. 60, o processo de produção de “emendas” constitucionais como a via permanente de modificação de suas normas ou produção de adicionais normas constitucionais, e, no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão constitucional como processo excepcional, a ocorrer uma única vez, e de resto já esgotado. Apesar da transitoriedade, a previsão do processo revisor colaborou para que a dogmática constitucional em nosso País viesse a designar preferencialmente por reforma, e não por revisão, o processo de produção de emendas constitucionais pela via do art. 60 da Constituição. Dessa orientação não se desvia este trabalho, salvo quando o discurso for patentemente teórico-geral.

A reforma constitucional é o mais importante mecanismo de transformação da constituição, por se articularem em torno dela os demais elementos da polaridade entre estabilidade e mobilidade constitucionais. A expressa instituição da reforma constitucional significa que o padrão jurídico vinculante para a ação estatal prevê *pressupostos* para a sua própria modificação, e precisamente nisso consiste a abertura da constituição aos desenvolvimentos²⁹.

É verdade que a ausência de previsão de reforma não poderia ser interpretada como indício de imodificabilidade. Ao contrário, uma constituição que silenciasse sobre a sua reforma seria uma constituição flexível, que não mais se distinguiria da lei ordinária³⁰. Mas uma constituição sem reforma, e portanto flexível, não estaria exatamente aberta ao desenvolvimento; estaria abdicando do seu sentido específico de instrumento de limitação do poder estatal, deixando com isso de ser propriamente uma constituição. A constituição do Estado de direito não pode pretender condenar a história, nem anular-se vulnerando a sua normatividade e aban-

donando a sua função limitadora do poder. Para permanecer no tempo e apesar dele, a constituição precisa internalizar – e com isso em alguma medida controlar – os elementos da tensão entre estabilidade e dinâmica. Por isso a continuidade da constituição, enquanto constituição, “só é possível quando passado e futuro estiverem *nela* combinados”³¹. É a reforma constitucional que promove, em primeira linha, essa combinação, por permitir que a conexão da constituição ao curso histórico se processe dentro da continuidade jurídico-formal do ordenamento. Nesse sentido a reforma tem, especialmente quando materialmente limitada, uma ação ao mesmo tempo condutora do desenvolvimento e estabilizadora. Por um lado, evita a imobilidade que provoca o rompimento constitucional e a revolução; por outro, mantém o desenvolvimento vinculado a um determinado procedimento e a determinados limites³².

Ao operar uma modificação formal da constituição, a técnica da reforma homenageia a segurança jurídica, já que a mudança terá lugar mediante uma clara, consciente e processualizada opção entre a solução antiga e a nova. Por outro lado, atribuída a competência reformadora, em nosso caso, ao Congresso Nacional, a evolução constitucional permanece conformada ao princípio da democracia representativa.

A instituição da reforma dá um significado política e juridicamente relevante ao outro modo de transformação da constituição, adiante abordado: a mutação constitucional. De fato, a relevância da – em regra lenta e complexa – alteração da norma constitucional sem modificação de seu texto seria muito reduzida, por menos necessária tal alteração, se a constituição pudesse ser modificada por uma lei ordinária. Além disso, a edição de uma emenda constitucional pode reconhecer a consumação de uma mutação constitucional que a emenda pretenda justamente afastar. É o que ocorre quando a práxis constitucional consagra definitivamente um dos possíveis sentidos

em princípio atribuíveis a um dispositivo constitucional semanticamente aberto; nesse caso, somente uma emenda poderá restabelecer o sentido inicialmente compatível com a norma, mas que a interpretação dominante veio a afastar. Assim procedendo, estará o poder reformador reconhecendo que a norma mudara apesar da permanência do texto e chancelando com isso a mutação.

Observe-se por fim que a reforma constitucional desempenha o relevante papel político de poder em alguns casos “arbitrar”, por assim dizer, eventuais conflitos entre o Poder Legislativo e o Tribunal Constitucional. Declarando esse último a inconstitucionalidade de uma lei, pode o órgão legislativo “responder” à decisão recorrendo à instância reformadora – cujo agente em alguns casos, como no Brasil, é o próprio órgão legislativo, mas que desfruta sempre de reforçada legitimidade democrática em razão do consenso mais amplo que se exige para a sua atuação – e com isso modificar a norma da constituição que a Corte tenha considerado incompatível com a lei em questão. Nossa experiência constitucional recente fornece um exemplo. Em 26 de fevereiro de 1993, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade nº 790-4, proposta pelo Procurador-Geral da República, declarando a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 8.162/91, que havia majorado a alíquota da contribuição para o plano de seguridade social dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e fundações, e cuja eficácia já estava suspensa desde outubro do ano anterior por força de medida cautelar deferida na mesma Adin. Entendeu o Supremo que a alteração da alíquota feriria o art. 195, § 5º, da Constituição, dada a ausência de causa suficiente à modificação do equilíbrio atuarial até então estabelecido³³. Em 17 de março do mesmo ano, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 3, que, entre outras medidas, alterou a redação do § 6º do art. 40 do texto constitucional para prever que a

seguridade social do servidor federal seria custeada com recursos provenientes da União e da contribuição dos servidores, afastando, portanto, o ônus exclusivo do Tesouro Nacional e criando com isso a “causa suficiente” ao aumento da alíquota, cuja ausência fundamentara a decisão do Supremo. A existência de um poder reformador colabora, assim, no sentido de reduzir o paradoxo da jurisdição constitucional, já que devolve à instância representativamente legitimada a possibilidade de fazer prevalecer, ao menos para o futuro, a sua vontade política sobre a decisão judicial, a não ser nos casos em que esteja em questão a constitucionalidade da própria reforma constitucional.

4.2.2. A chamada “mutação” constitucional

Entende-se por mutação constitucional a modificação da norma constitucional cujo texto permaneça inalterado. Admitir a possibilidade de que a norma se modifique apesar da permanência do seu texto pressupõe a não-identificação entre norma e texto normativo. Exatamente por isso a mutação constitucional é um fenômeno cuja explicação satisfatória só é possível se estiver respaldada em base teórica que não apenas supere a radical separação entre a norma e a realidade, mas que considere como objeto e desafio central da metódica jurídica (e possivelmente da própria reflexão teórica sobre o direito) a compreensão dos mecanismos de integração entre a realidade regulada, a sua valoração e a sua regulação. O publicismo positivista alemão da virada do século (Laband, Jellinek) já falava em mutação constitucional, mas as transformações da realidade política eram entendidas de modo tendencialmente colidente com o texto normativo, cuja normatividade não raro capitulava diante de um processo histórico de caráter essencialmente extra-jurídico. O que o conceito designava era, em primeira linha, o antagonismo entre a constituição e a realidade. Isso explica o equívoco que consistia em considerar que a mutação era expressão de um direito não escrito, exterior à constituição formal³⁴.

Apenas no contexto do pensamento jurídico pós-positivista a teoria constitucional poderia explicar e explorar de modo sugestivo o fenômeno da mutação constitucional. As reflexões de Friedrich Müller (1976, p. 248-249) sobre a estrutura das normas jurídicas exerceram quanto a isso uma influência direta. Se as estruturas materiais integradas ao âmbito normativo – e portanto componentes da normatividade – estão sujeitas às transformações históricas, é possível que concretizações, separadas pelo tempo, de uma determinada norma constitucional conduzam a resultados diferentes embora o programa normativo (o texto) continue o mesmo. Por outro lado, na medida em que a concretização é o resultado da relação que se estabeleça entre os fatores materiais da norma e os elementos de interpretação do texto legal, resta claro que o conteúdo da norma somente poderá modificar-se dentro do marco traçado pelo programa normativo. Põe-se com isso o fundamento dos limites da mutação constitucional³⁵.

É possível que a mutação decorra de uma simples mudança na interpretação do texto constitucional. Mas o campo mais propício às mutações é sem dúvida o do âmbito normativo, dada a inserção das relações materiais no fluxo histórico constante. A própria alusão aos usos e práticas políticas como uma forma de mutação não significa mais do que o reconhecimento do papel da práxis constitucional como elemento (a) que faz parte do âmbito normativo ou (b) no qual tem lugar a concretização mediante a qual programa e âmbito normativos são combinados para co-fundamentar a decisão. (a) A estrutura material incorporada ao âmbito normativo pode consistir precisamente, ao menos em parte, numa esfera de conformação autônoma da prática política; e (b) a práxis política pode ser o modo como se expresse a consagração de uma nova interpretação do texto ou das estruturas materiais³⁶.

O aparato analítico da teoria estruturante levou Häberle a diluir o conceito de mutação no de interpretação. Considerando que

a normatividade só surge no processo de concretização (“não existem normas jurídicas, mas apenas normas jurídicas interpretadas”), do qual fazem parte as estruturas materiais submetidas ao fluxo histórico constante, a mutação passa a ser vista apenas como uma dimensão da necessária realização (interpretativa, processual, aberta) da norma. Em outras palavras, toda norma seria essencialmente mutante. “Mutações constitucionais não tem assim de modo algum o objeto fixo e definido que conceitualmente deveria pressupor”. Para Häberle, o abandono da mutação enquanto conceito autônomo seria conseqüência de uma teoria da constituição e da interpretação temporalmente adequada, que fizesse justiça ao futuro: “Sob a forma da interpretação o futuro já começou”(Op. cit. p. 317). O que essa idéia parece ignorar é que as interpretações, tanto do texto quanto das estruturas materiais total ou parcialmente incorporadas à norma, adquirem uma fixidez histórica propiciada pelas instituições que compõem a experiência jurídica: a doutrina, o entendimento dos tribunais, as práticas políticas. A diferença entre programa e âmbito normativos, proposta por Müller, permite-se fundar uma metódica *regradamente* dinâmica, não precisa porém diluir a normatividade numa fluidez que é própria de uma realidade que a norma em parte incorpora e em parte redefine, mas à qual em todo caso ela não se reduz. Essa diluição seria incompatível com a própria função racionalizadora e estabilizadora do direito em geral e da constituição em particular. Por certo que a fixidez pontualmente assumida pelo sentido da norma é provisória e constitui precisamente por isso o “objeto fixo e definido” em relação ao qual a nova interpretação poderá expressar uma mutação.

A mutação constitucional é importante para o equilíbrio entre dinâmica e estabilidade por significar, ao mesmo tempo, uma transformação substancial e uma permanência formal, o que implica um sacrifício da estabilidade menor do que aquele que

resultaria de uma transformação operada mediante alteração tanto substancial como formal. Por isso a mutação é considerada por alguns o instrumento primário de desenvolvimento constitucional. A abertura do texto permite a evolução não formalizada da constituição, evitando-se as suas constantes revisões. A reforma constitucional apareceria assim como um instrumento posterior, secundário, de adequação temporal da constituição. “A questão acerca de uma reforma constitucional surge onde a amplitude e abertura da constituição já não são suficientes para possibilitar a solução de um problema. (...) A problemática da reforma constitucional começa onde terminam as possibilidades da mutação constitucional”³⁷.

Em contrapartida, a mutação retira do parlamento parte da responsabilidade pela evolução da constituição, para a atribuir a outras instâncias da práxis constitucional, em especial à jurisdição da corte constitucional. O tema da mutação é assim mais um elemento que compõe o complexo dilema a que conduziu, especialmente na segunda metade do século XX, o desenvolvimento da justiça constitucional, diante da dificuldade em conciliar o controle de constitucionalidade (protetor da supremacia da constituição) e o princípio da democracia representativa (do qual decorre a tendência a considerar o parlamento como órgão de fechamento do sistema político). O problema acentua-se porque a mutação não opera uma mudança do texto, de modo que a corte constitucional não está, ao contrário do parlamento quando reforma a constituição, inteiramente vinculada à necessidade de expressar uma clara alternativa entre a solução antiga e a nova, sendo sempre cogitáveis as “reservas de interpretação”, em reforço do peso político do próprio tribunal. Talvez por isso entendeu Bryde que a legitimidade dos processos de mutação constitucional estaria condicionada a uma especial fundamentação de sua necessidade nos casos em que o processo de reforma não seja particularmente difícil de ser realizado³⁸.

Quanto a isso, caberia ponderar que a mutação está, em todo caso, limitada pelo *texto* da constituição. Ademais, como dito acima, o poder reformador – no caso do Brasil inteiramente atribuído ao Congresso Nacional – tem sempre a possibilidade de afastar uma mutação considerada inconveniente, aprovando um novo texto frontalmente contrário ao sentido que tenha sido fixado, por exemplo, pelo tribunal constitucional.

4.2.3. *Os limites da reforma e a abertura da constituição*

Se os limites materiais da reforma constitucional se estendem, por expressa disposição (o que quase nunca acontece) ou como resultado de sua interpretação, para além da sua função própria de estabelecer o marco substancial de referência legitimadora da ordem, avançando assim sobre o campo da política cotidiana, a transformação (juridicamente regrada) da constituição estará bloqueada. Se se pretende, contudo, que o tema seja suscetível de uma abordagem racional, dentro dos limites do que se possa considerar uma racionalidade condicionada ao pressuposto histórico do Estado democrático de direito, então é preciso supor que a sua regulação – como de resto a dos grandes temas da constituição – tenha objetivado o equilíbrio entre estabilidade e dinâmica, e não a anulação, ainda que pontual, de uma pela outra.

Notas

¹ Sobre o tempo como a capacidade de *poder mudar*, ver HÄBERLE, Peter. *Zeit und verfassung. prolegomena zu einem ‘zeit-gerechten’ verfassungsvständnis*. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, *Probleme der verfassungsinterpretation: dokumentation einer kontroverse*. Baden-Baden: Nomos, 1976. p. 293-326.

² Como um exemplo da viscosidade do direito, poderia ser lembrado que a própria codificação do século XIX foi em grande parte, apesar do seu propósito inovador e até negador da tradição, uma sistematização do direito romano vigente como di-

reito comum (LOSANGO, 1997, p. 13-50).

³ Ver principalmente “Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem ‘zeit-gerechten’ Verfassungsverständnis”, Op. cit.

⁴ Nesse sentido BRYDE. *Verfassungsentwicklung: stabilität und dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 1982. p. 18.

⁵ Ver Häberle, “Zeit und Verfassung”, op.cit. p. 314: “A vitalidade da Constituição assegura-se por meio da ‘silenciosa’ mas fundamental assimilação do tempo”. Ver também KIRCHHOF. Die identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten. In: Isensee; KIRCHHOF (org.). *Handbuch des staatsrechts. Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung*. Zweite, unveränderte Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995. p. 777.

⁶ Ver Häberle, “Zeit und Verfassung”, op.cit. p. 297: “No Estado constitucional da Lei Fundamental as questões temporais concretas precisam ser de antemão postas no quadro global da Constituição. Pois todo o direito tem uma imanência constitucional: cresce sob o teto ou sobre a base da Constituição da *res publica*”. A observação é especialmente válida diante do modelo constitucional mais analítico, a que corresponde a Constituição de 1988.

⁷ Além é claro de alguma adesão ou acordo majoritário sobre a constituição, elemento que agora não vem ao caso. Sobre o equívoco de explicar a validade da constituição a partir de apenas um desses elementos, bem como sobre a vinculação mais estreita de cada um deles com determinadas funções constitucionais, ver Paul Kirchhof, “Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten”, op. cit. p. 779.

⁸ Evidentemente que o argumento não tem procedência caso se admita, de algum modo, a legitimidade constitucional da supressão dos limites materiais.

⁹ Um dos primeiros a desenvolver esse raciocínio foi Carl Schmitt

¹⁰ O pressuposto de realização histórica dessa possibilidade teórica é a previsão, hoje muito rara, de revisão total da constituição. O atual processo de elaboração da nova (em sentido instrumental) Constituição suíça parece que conduzirá a uma situação que poderá ser interpretada na forma proposta. Para uma caracterização geral desse processo, ver HOTTELIER, Michel. Suisse: réforme globale de la constitution fédérale. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris: PUF, n. 25, p. 186-202, 1996.

¹¹ Bryde, Op. cit. p. 18.

¹² “... as constituições escritas não têm valor nem são duradouras senão quando dão expressão fiel aos fatores de poder imperantes na realidade social”(LASSALE, 1992, p. 76-77).

¹³ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit. p. 17

¹⁴ “É mais fácil viver com uma constituição defeituosa do que com uma transformada em joguete do arbítrio dos partidos” (Loewenstein, 1961, p. 64).

¹⁵ A relação mais geral entre constância (institucional em geral e das leis em particular) e autoridade jurídica e política já era conhecida do pensamento político antigo: “... trocar facilmente as leis antigas por leis novas é debilitar o poder das leis”, de modo que, “nos casos em que a melhoria venha a ser pequena, por ser mal acostumar os homens a revogar facilmente as leis, é evidente que será melhor fechar os olhos a um ou outro erro do legislador e dos magistrados, pois o povo não resultará tão beneficiado por uma alteração quanto será prejudicado por se acostumar a desobedecer aos seus governantes” (Aristóteles, Política, 1269a, in: *Obras*. Trad. de F. Saramanch. Madrid: Aguilar, 1982, reimp. 1986). A própria etimologia da palavra “ética” é sugestiva da consciência dessa relação no pensamento antigo (ver a respeito Gadamer, *El problema de la conciencia histórica*. Trad. De Agustín Mortalla, Madrid: Tecnos, 1993 p. 82).

¹⁶ É curioso que a limitação do poder estatal por meio de documentos escritos tenha-se ensaiado na Inglaterra com antecedência e com mais clareza do que nos demais países europeus, embora aquele país até hoje tenha uma constituição histórica (isto é, não dogmática) e flexível. É possível que a rigidez política da constituição inglesa tenha algo que ver justamente com a prática política que se formou em virtude, entre outros fatores, daqueles documentos escritos, desde o século XIII. No momento em que o constitucionalismo veio a consagrar o modelo da constituição dogmática (posta por um ato constituinte expresso), instrumental e rígida, sua adoção já não era essencial à conformação do Estado britânico ao Estado de direito.

¹⁷ Ver Bryde, op.cit. p. 55, com uma ampla resenha dos procedimentos reformadores previstos nas constituições contemporâneas.

¹⁸ Esse segundo procedimento revisor, que recorda o próprio processo constituinte norte-americano, evidencia a influência do contratualismo na elite política e intelectual das ex-colônias inglesas, esboçando um paralelismo das formas que o direito constitucional não conhece.

¹⁹ Mesmo com um quorum superior ao exigido na Constituição de 1988, a Constituição alemã costuma ser considerada das menos rígidas. Ver a respeito Bryde, op.cit. p. 57.

²⁰ As Constituições de 1824 (art. 176), 1891 (art. 90), 1934 (art. 178) e 1946 (art. 217) consignaram intervalos (definidos temporalmente ou em função do seccionamento das atividades do Poder Legislativo) entre as duas votações ou entre a proposta e a sua deliberação.

²¹ Ver Kirchhof, op.cit. p. 791.

²² Pontes de Miranda (1945, p. 151). Em dado momento, Bryde também relaciona os limites materiais com o conceito de rigidez constitucional (*Verfassungsentwicklung*, cit., p. 57).

²³ Ver a respeito Kirchhof, op.cit. p. 791.

²⁴ Idem, ibidem, p.777.

²⁵ De modo indireto, a rigidez também se relaciona com a continuidade da constituição, por estabelecer as condições de validade do procedimento reformador, cuja inobservância também pode denunciar o rompimento da ordem vigente.

²⁶ Ver Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 19.

²⁷ HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. Überarbeitete Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 1993. p. 5.

²⁸ A adoção do vocábulo “emenda” pela Constituição de 1934 é provavelmente uma tardia influência do constitucionalismo norte-americano em nossa organização republicana: o termo estava ausente da Constituição de 1891 e permanece até hoje como a designação oficial da reforma constitucional. A influência restringe-se bem entendido ao aspecto lingüístico, já que nos Estados Unidos as emendas são acrescidas ao texto primitivo da Constituição, não se cogitando de revogação expressa ou de atribuição de nova redação aos artigos já existentes.

²⁹ Ver Kirchhof, op.cit. p. 793 –.

³⁰ O problema surgiu no século XIX quando algumas constituições, como as “cartas” pactistas francesas de 1815 e 1830, silenciaram sobre a sua reforma. Na época surgiu quem cogitasse de sua absoluta imodificabilidade ou quem pretendesse que a reforma só seria possível mediante atuação do mesmo poder constituinte que elaborou a constituição, e observando-se o mesmo processo. Invocação de paralelismo das formas, confusão entre poder constituinte e poder reformador: distorções de análise influenciadas pelas ambigüidades das constituições pactuadas, fundadas no princípio da soberania compartilhada. Distorções que estão surpreendentemente presentes na abordagem do tema por Nelson de Sousa Sampaio, apesar da clareza com que no restante de sua tese demonstra compreender a lógica e os mecanismos do Estado constitucional. Ver *O poder de reforma constitucional*, Livraria Progresso Editora: Bahia, 1954. p. 55-61. Sobre o assunto – e no mesmo sentido do texto – ver também Pedro de Vega (1985, p. 81-87), e Christian Starck, (1994, p. 17-18).

³¹ Häberle, *Zeit und Verfassung*, op.cit. p. 296.

³² Ver Kirchhof, op.cit. p. 793. Ver também Häberle, *Zeit und Verfassung*, op. cit. p. 325: “Elas (as reformas) são a via legítima para se assegurar a continuidade da constituição no tempo. Enquanto se mantiverem no âmbito da identidade da constituição, são a sua consequência, a sua confirmação no tempo e através dele, e não a sua contestação”.

³³ Ver *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 147, p. 921-929.

³⁴ Esse modo de abordar o problema pode ser encontrado num escrito recente, em que expressamente se alude às mutações constitucionais como modo de criação de um direito constitucional não escrito, desenvolvido junto às constituições escritas e rígidas, “ou entre elas”. Ver Anna Candida da Cunha Ferraz (1993, p. 5-24).

³⁵ Nesse sentido: Vega (1985, p. 212-213) Hesse. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. de Pedro Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 98-104.

³⁶ A distinção entre essas duas situações desaparece quando no âmbito da realidade constitucional esteja conceitualmente incluída a sua interpretação, e especialmente se o leque de intérpretes da constituição for ampliado a ponto de abranger todo aquele que vive a norma e, por isso, “acaba por interpretá-la ou co-interpretá-la”, de modo que “toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada” (Häberle, op. cit. p. 13-14).

³⁷ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. p. 15-16. Ver também Häberle, op. cit. p. 307, 321, 324.

³⁸ Ver *Verfassungsentwicklung*, op. cit. p. 58.

Bibliografia

BRYCE, James. *The american commonwealth*. 3 th. ed. New York: The Macmillian Company, 1896. v.1.

DI RUFFIA, Biscaretti. *Costituzioni straniere contemporanee*. 6.ed. Milano: Giuffrè, 1994. v.1

CANARIS,claus. Wilhelm. *Pensamento e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das nomas contitucionais. Cadernos de direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Filho Mendes. Porto Alegre, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Santos Fé de Bogotá: Temis, 1992.

LOEWENSTEIN. *Über wesen: technik end grenzen der verfassungsänderung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1961.

- LOSANGO, Mario. Storia contemporanea del diritto e sociologia storica. In: _____. (Org.). *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*. Milano: Franco Angeli, 1997.
- MIRANDA, Pontes. *Democracia, liberdade e igualdade: os três canainhos*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1945.
- MORTATI, Constantino: contituizone. *Enciclopédia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1962. v. 12.
- MÜLLER, F. Einige Leitsätze zur juristischen Methodik. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, F. *Problema de verfassungsinterpretation: dokumentation einer kontroverse*. Baden- Baden: Nomos, 1976.
- SALDANHA, Nelson. Diritto contemporaneo, storia e sociologia. In: LOSANO, Mario (Org.). *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*. Milano: Franco Angeli, 1997.
- SILVA, Gustavo just da Costa e. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 4.
- STARCK, Christian. *La constitution cadre et mesure du droit*. Paris: Universitaires d' Aix- Marseille, 1994.
- VEGA, Pedro de. *La reforma contitucional y la prblematica del poder contituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.
- ZAGREBELSKI. *Manuale de dirritto costituzionale*. Torino: UTET, 1988. (reimpresso em1993). v.1.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

Aspectos da Reforma do Judiciário (PEC nº 29, de 2000, no Senado)

Fernando Trindade

Sumário

1. Introdução. 2. Alguns itens importantes da Reforma. 3. A questão da súmula vinculante. 4. O contexto social da Reforma. 5. À guisa de conclusão.

1. Introdução

De início, cabe recordar que a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 29, de 2000 (no Senado), que *introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário*, teve sua origem na PEC nº 96, apresentada na Câmara dos Deputados em 1992, de iniciativa do então Deputado Hélio Bicudo, à qual foram pensadas outras proposições correlatas. Assim, foram oito anos de tramitação na Câmara dos Deputados.

Concluída a sua votação no dia 7 de junho de 2000, a proposição foi enviada ao Senado Federal, sendo designado seu Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o Senador Bernardo Cabral.

A proposta é muito abrangente, alterando significativamente o Capítulo da Constituição Federal que trata do Poder Judiciário (Capítulo III do Título IV). Por essa razão, sua tramitação demandará algum tempo, pois requer atenção e cautela, demandando estudos, audiências públicas, entre outros procedimentos.

No presente texto, de natureza basicamente informativa, inicialmente destacaremos alguns itens da proposta, entre os que nos parecem particularmente relevantes,

tanto no que diz respeito ao seu alcance na estrutura do Poder Judiciário, quanto no que se refere à repercussão social das modificações que implementam. Depois disso, faremos considerações específicas sobre a chamada súmula vinculante, cuja adoção constitui um dos aspectos mais relevantes da PEC em pauta. Por fim, algumas palavras sobre o contexto social em que ocorre a proposta de reforma ora em debate no Senado Federal.

2. Alguns itens importantes da Reforma

Conforme já referido acima, a proposta é bastante abrangente, implicando alterações significativas em todo o Capítulo da Constituição Federal que trata do Poder Judiciário. Não sendo possível, nos marcos do presente texto, tratar de todas elas, procuramos fazer referência a algumas das alterações entre as que nos parecem mais importantes.

Assim, com o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º, objetiva-se preceituar que os tratados e convenções internacionais que disponham sobre direitos humanos e que tenham sido ratificados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, com o *quorum* de três quintos em cada uma das Casas, passam a ter força normativa de texto constitucional, pois serão equivalentes a emenda constitucional, só podendo, pois, ser alterados por essa espécie de diploma legal ou por outro tratado ou convenção que seguir o mesmo procedimento.

Pretende-se, também, alterar a redação do inciso IX do art. 93 para ressaltar que, somente em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado não prejudique o interesse público à informação, pode a lei restringir a publicidade do processo.

A inovação em tela se reveste de excepcional dimensão, por dizer respeito a matéria referente aos direitos e garantias individuais e coletivos, matéria que, muitas vezes, provoca polêmicas e controvérsias em tema de direito constitucional.

Além disso, pelo acréscimo do inciso XII ao art. 93, quer-se estatuir o preceito da ininterrupção da atividade jurisdicional, que, pela proposta, funcionaria continuamente, com a vedação, ademais, da prática das férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau. Além disso, nos dias em que não houver expediente forense normal, deverá haver juízes em plantão permanente, e nos Tribunais Superiores, órgão especial de férias para julgar matérias urgentes.

Por sua vez, a alteração do § 2º do art. 102 objetiva constitucionalizar também o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Esse efeito tem hoje *status* constitucional quanto às ações declaratórias de constitucionalidade. Outrossim, fica expresso que o efeito vinculante abrange todas as esferas da administração pública, o que não ocorre hoje.

Ademais, mediante o acréscimo de um § 3º ao art. 102, pretende-se estabelecer que as medidas cautelares concedidas por decisão de membros do Supremo Tribunal Federal em número inferior à maioria absoluta, nas ações diretas de inconstitucionalidade, terão eficácia só até cento e vinte dias, exceto se confirmadas pela maioria absoluta da Corte.

Já a inserção de um § 4º ao art. 102 possibilita à lei estabelecer, no caso de recurso extraordinário, critérios para o recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no processo de que é parte, a fim de que o STF examine a admissão ou não do recurso. Cremos que a expressão *repercussão geral* diz respeito, no contexto, ao País como um todo, seja no aspecto social, econômico, cultural ou outro.

Cabe, igualmente, fazer referência à modificação proposta ao art. 103 da Lei Maior, destinada a estabelecer que os mesmos sujeitos que possuem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade poderão também propor ação declaratória de constitucionalidade. Assim, com essa alteração, entidades de classe de âmbito

nacional e partidos políticos com representação no Parlamento passariam a ter legitimidade para propor essa espécie de ação.

No que diz respeito à chamada súmula vinculante (de que se tratará mais detidamente no item seguinte deste trabalho), pretende-se a sua adoção mediante o acréscimo do art. 103-A ao Estatuto Magno. Esse artigo prevê, expressamente, que o Supremo Tribunal Federal poderá adotar súmula vinculante para alcançar todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública de todas as esferas de Governo.

Demais disso, por intermédio da adição de um art. 103-B ao Texto Magno, quer-se reforçar o chamado controle do Judiciário, com a instituição de órgão intitulado Conselho Nacional de Justiça, composto de quinze conselheiros, entre magistrados de todos os graus, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos de notável saber jurídico. Entre as competências propostas para o Conselho Nacional de Justiça, está a de expedir atos regulamentares, bem como recomendar providências que devam ser adotadas para melhorar a prestação jurisdicional.

Está prevista, também, a ampliação do controle sobre as atividades do Ministério Público, mediante a criação de conselho nacional similar ao proposto para o Poder Judiciário (art. 130-A).

Outra modificação pretendida permite transferir da Justiça Estadual para a Justiça Federal a competência para processar e julgar causas referentes a graves violações dos direitos humanos, conforme consta do inciso V-A que se quer acrescentar ao art. 109 da Constituição. Cumpre, também, citar aqui a proposta que acolhe a jurisdição de tribunal penal internacional a cuja criação o País tenha manifestado adesão, prevista no § 6º do mesmo artigo.

Além dessas, estão sendo propostas outras profundas modificações, entre as quais destacamos, ainda, as que alteram as competências e a organização da Justiça do Trabalho (arts. 111 a 116 da CF), justiça especi-

alizada essa que tem grande importância social em nosso País.

3. *A questão da súmula vinculante*

Um dos temas mais discutidos dos relativos à reforma do Judiciário é o que diz respeito à súmula vinculante.

Em termos judiciais, definimos súmula como uma proposição sintética que caracteriza o produto da jurisprudência de um determinado tribunal e que é emitida após diversos pronunciamentos num mesmo sentido a respeito de determinada matéria (MUSCARI, 1999, p. 2).

De outra parte, definimos efeito vinculante como a obrigação de os magistrados seguirem determinada súmula de jurisprudência, na demanda que estão a julgar, quando se encontram diante dos mesmos pressupostos de fato e de direito presentes na súmula.

Em termos históricos, cabe registrar que, em 13 de dezembro de 1963, o Plenário do STF aprovou as suas primeiras súmulas, por proposta de sua Comissão de Jurisprudência (SLAIBI FILHO, 1997, p. 36). Entretanto, essas súmulas não tinham – e permanecem sem ter – efeito vinculante.

Em 1973, o Código de Processo Civil – CPC que substituiu o de 1939 tratou da uniformização da jurisprudência dos tribunais nos seus arts. 476 a 479. Nesse sentido, o art. 479 determina que, quando o julgamento for resultado do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, será sumulado e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência, sem, entretanto, vincular o magistrado ao teor da súmula.

A partir de então, difundiu-se a prática da edição de súmulas de jurisprudência também pelos demais tribunais que não o STF, entretanto – reiteramos – ainda sem o efeito vinculante que, conforme se verá a seguir, em certa medida já existe em nosso direito positivo.

Por outro lado, cumpre aqui registrar que, já sob a égide da Carta de 1988, a

Emenda à Constituição nº 3, de 1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estabeleceu efeito vinculante (relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo) para as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a Lei nº 9.868, de 1999, que regulamenta o processo e o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, estabeleceu efeito vinculante (relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo) também para as ações declaratórias de inconstitucionalidade, além de fixar a eficácia *erga omnes* dessas duas espécies de ação (art. 28, parágrafo único).

Por conseguinte, como se vê, o nosso ordenamento legal já prevê efeito vinculante para as decisões do STF nos casos das ações declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e das ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Além disso, a Lei nº 9.139, de 1995, que se insere no contexto da chamada ‘Reforma do CPC’, na alteração que fez ao art. 557 desse Código previu que o Relator negará seguimento ao recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior. Destarte, foi estabelecida uma vinculação do relator do recurso, pois, uma vez presente o pressuposto de fato (ou seja, a contradição do recurso em relação à súmula), ele deverá negar seguimento ao mesmo.

No que diz respeito ao Poder Executivo federal, há que se fazer referência à Lei nº 9.469, de 1997, que estabelece que as entidades a ele vinculadas poderão não propor ação, desistir de ação ou não recorrer de decisão judicial, quando o valor envolvido for inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais), bem como fazer acordos e transações em processos judiciais que digam respeito a até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e mesmo quando estiverem envolvidos valores superiores, desde que, nesse caso, com a autori-

zação do Ministro de Estado da área. Cabe esclarecer, ademais, que há em vigor decreto prevendo súmulas com essa sempre que houver decisões sedimentadas e repetidas do STF sobre determinado assunto.

A referência a essas decisões do Poder Executivo se justifica na medida em que elas não deixam de ter efeito vinculante, muito embora esse efeito vinculante seja de cunho só administrativo e abranja apenas os órgãos da administração pública.

Em face do até aqui narrado, parece-nos correto dizer que o direito processual brasileiro tem caminhado no sentido de buscar normas que vão no sentido da uniformização da jurisprudência judicial, inclusive conferindo efeito vinculante aos precedentes. A propósito, o douto jurista e atual Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes, informa que o exame do direito comparado demonstra que a adoção de algum mecanismo de generalização da jurisprudência é comum aos diversos sistemas jurídicos.

Enfim, segundo entendemos, uma vez adotada, não deve a súmula vinculante ser vista como medida que vai acabar com as diferentes interpretações que os magistrados fazem das leis, pela seguinte razão: tanto quanto as leis, as súmulas são textos cuja aplicação pressupõe interpretação, esteja ou não consciente disso o seu aplicador. Isso porque, conforme ensina a hermenêutica, não há que se confundir texto com norma. Como ensina o Professor Eros Grau (1998, p. 3), o primeiro é expressão gráfica na folha de papel (ou na tela do computador), a segunda começa a se efetivar com a leitura do primeiro e resulta da interpretação que dele se faz. Por essa razão, os juízes (e não só eles) fazem interpretações diversas do mesmo texto legal, interpretações essas que têm como resultado normas concretamente diferentes.

E ocorre que tal procedimento, consoante nos parece, vale tanto para as leis quanto para as súmulas – vinculantes ou não –, pois essas são, tanto quanto as leis, textos

(expressões gráficas) que só se transformam em normas, vale dizer, só terão efetivação, a partir da compreensão (interpretação) que deles fizer o aplicador – no caso o magistrado.

Portanto, se aceitamos que a adoção da súmula vinculante não implica o afastamento do princípio da persuasão racional do juiz (v.g. art. 93, IX, da CF), até porque tal afastamento não seria possível perante a Constituição (v.g. art. 60, § 4º, IV, da CF), como consequência, temos igualmente de aceitar que a vinculação do juiz à súmula se dá pela sua obrigação de aplicá-la quando – e apenas quando – formar convicção de que se encontra – simultaneamente – diante dos pressupostos de direito e dos pressupostos de fato que deram ensejo à adoção da súmula pelo tribunal competente.

4. O contexto social da Reforma

Por fim, parece-nos oportuno falar um pouco do contexto social da Proposta de Emenda à Constituição sob exame e de sua motivação. Como se sabe, de há muito são discutidos no País os problemas que afligem a prestação jurisdicional, entre os quais se incluem a sua morosidade e o excessivo formalismo.

A esse respeito, cumpre lembrar a proposta de reforma constitucional de 1977, sendo relator o Senador Acioly Filho (recorde-se que o processo de discussão e votação de Emenda à Carta de 1969 ocorria em sessão conjunta do Congresso Nacional), que acabou malograda pela intervenção ditatorial do então Presidente da República Ernesto Geisel, que ‘fechou’ o Congresso – cassando o debate democrático – e editou o famigerado ‘Pacote de Abril’. Entre os itens do ‘Pacote’, constava a Emenda nº 7, que procedeu a modificações no Poder Judiciário ditatorialmente, sem os votos dos parlamentares.

Mais adiante, com a Constituinte de 1987-88, algumas das alterações que constavam da proposta relatada pelo Senador

Acioly Filho em 1977 foram adotadas, como a descentralização da Justiça Federal de Segunda Instância, com a criação dos Tribunais Regionais Federais.

Neste ponto devemos recordar que a Constituição de 1988, ao institucionalizar o processo de redemocratização do País, nele estabeleceu um Estado democrático de direito (art. 1º) que ampliou o direito de acesso ao Poder Judiciário (v.g., art. 5º, XXXV) e estimulou a busca, pelos cidadãos, da prestação jurisdicional.

Outrossim, como consequência, por um lado, do aumento da autoridade do Poder Judiciário e, por outro, das próprias relações negociais entre os cidadãos, estimuladas essas pela dinamização dos mercados, e, também, devido ao fortalecimento da própria democracia, os foros judiciais, em especial os dos grandes centros urbanos, foram ficando abarrotados de processos.

Por conseguinte, especialmente quanto à atividade de prestação jurisdicional propriamente dita, tem havido variados reclamos para que ela seja agilizada e efetivamente descentralizada, isto é, para que exista maior rapidez nas decisões e maior proximidade do Poder Judiciário com os seus jurisdicionados, que são todas as pessoas residentes no País e, por vezes, mesmo pessoas residentes no exterior.

Esse o contexto da atual ‘Reforma do Judiciário’ que, não podemos olvidar, teve a sua tramitação agilizada na Câmara dos Deputados, também em razão da chamada “CPI do Judiciário”, que, com grande repercussão nacional em 1999, desvelou outros males, como a corrupção e o clientelismo, mais graves do que a morosidade e o formalismo, e lamentavelmente existentes em órgãos da Justiça.

5. À guisa de conclusão

Enfim, conforme entendemos, a motivação maior da ‘Reforma do Judiciário’ diz respeito à busca de alterações legislativas que contribuam para que a Justiça, como

instituição, consiga granjear o prestígio e a força social indispensáveis numa democracia.

Nesse sentido, como visto brevemente aqui, são muitas e diversas as alterações propostas pela PEC nº 29, de 2000, cabendo ao Senado Federal, nesta fase da sua tramitação, apreciá-las, no que diz respeito à sua juridicidade e quanto ao seu mérito.

Por último, como já assinalamos no início destas linhas, cabe insistir no sentido de que o exame dessas alterações demanda tempo e paciência, com a audiência de todos os interessados que desejem dar a sua contribuição, fazendo os reparos que entenderem adequados, indicando as modificações que julguem pertinentes.

Só assim, com a participação dos órgãos de classe dos profissionais da Justiça, de entidades da sociedade civil, de estudiosos, ou seja, dos interessados em geral, poderá ser aprovada, pelo Congresso Nacional, uma Reforma do Judiciário que efetivamente sirva aos interesses da Cidadania e do País.

Bibliografia

GRAU, Eros Roberto. Efeito vinculante e totalitarismo. *Folha de São Paulo*, 22 nov. 1998. p. 3.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

SLAIBI Filho, Nagib. Notas sobre a súmula vinculante no direito brasileiro. *ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, p. 33-39, abr. 1997.