

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Julho-Setembro/2002 – Ano 39 – N° 155



Glauco Rodrigues, "Ouro Preto", 1977. Acervo do Senado Federal.

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 155

julho/setembro – 2002

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 ORIGINALS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Greyciane Souza Lins e Yuri G. B. Batista

REVISÃO DE PROVAS: Maria de Jesus Pimentel, Larissa dos Santos Aguiar, Claudane Almeida Gonçalves, Ângela de Castro Mota, Alessandra Araújo Vieira

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Camila Luz Ferreira, Saulo Santos Briseno

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

Solicita-se permuta.

Pidese 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 39 · nº 155 · julho/setembro · 2002

Sálvio de Figueiredo Teixeira	A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro 7
Werter R. Faria	O impasse do Mercosul 29
Carlos Eduardo Caputo Bastos e Jorge Fontoura	A União Européia e o direito eleitoral 47
Alberto do Amaral Júnior	A proteção internacional dos direitos humanos 51
Antonela Diana Luz T. Motta	A nova administração gerencial do Estado brasileiro e a prestação de serviços públicos de telecomunicações 61
Lúcio Chamon Junior	Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto 77
Semira Adler Vainsencher e Adélia de Melo Branco	Nem um tostão da Previdência Social: o caso das bóias- frias idosas no semi-árido irrigado 93
Giovani Ribeiro Loss	O direito da concorrência e a defesa comercial: comple- mentaridade na defesa da ordem econômica 107
Mariá Brochado	O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal 125
Jair José Perin	A responsabilidade civil do Estado e o dano moral 143
Emerson Garcia	A moralidade administrativa e sua densificação 153
Sílvio Nazareno Costa	A inconstitucionalidade material da súmula vinculante 175
Hugo Hortêncio de Aguiar	Rússia – 1ª parte: origem e formação de um império 203
Maria Cecília Mendes Borges <i>et al.</i>	O cartel na legislação antitruste, sua relação com o fenômeno concentracionista (meio ou consequên- cia?) e seus reflexos prejudiciais aos direitos do consumidor 215
Luís Alberto Mendonça Meato	Propostas de reforma do sistema tributário brasileiro 247

Orlando Venâncio dos Santos Filho	Democracia em Jean-Jacques Rousseau	285
Alexandre Santos de Aragão	As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado	293

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Heloisa H. T. Camargo	Produção agrícola e alimentação – tendências para o futuro	321
-----------------------	--	-----

OS CONCEITOS EMITIDOS EM ARTIGOS DE COLABORAÇÃO SÃO DE RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES.

A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro

Sálvio de Figueiredo Teixeira

Sumário

1. Razões e antecedentes históricos. 2. O sistema normativo brasileiro de proteção ao consumidor. 2.1. Constituição de 1988. 2.2. O Código de Defesa do Consumidor. a) Codificação. b) Influência estrangeira. c) Estrutura do Código de Defesa do Consumidor. 3. As principais inovações do sistema brasileiro de proteção ao consumidor. 4. A proteção contratual e o direito privado. 5. A descon sideração da personalidade jurídica. 6. As ações coletivas e a defesa do consumidor em juízo. 7. A inversão do ônus da prova. 8. A legitimação ativa nas ações coletivas. 9. Conclusão

1. Razões e antecedentes históricos

A Revolução Industrial, como de resto as revoluções do fim do século XVIII, modificou substancialmente as relações políticas, sociais e econômicas, culminando também no surgimento de uma nova categoria de indivíduos, os consumidores, que passaram a sentir os efeitos da produção em série e da ampliação das atividades empresariais e comerciais. Desde essa época, há mais de duzentos anos, portanto, os participantes da chamada sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*) passaram a ter alterações em sua vida cotidiana, sob o influxo das demandas econômicas.

O Direito, em sua perspectiva de acompanhar os fenômenos sociais, aqui recordando o aforismo latino *ius oritur factum*, há muito protege o consumidor, em suas ves-

Sálvio de Figueiredo Teixeira é Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

tes de comprador, locatário de bens e serviços, passageiro de transporte, segurado etc. Embora sem um tratamento sistematizado, é de longa data a disciplina legal, doutrinária e jurisprudencial dos direitos dessas categorias, como exemplificam os códigos civis dos Países do tronco romano-germânico, vinculados à vertente do *Civil Law*.

A última metade do século XX, todavia, assistiu ao crescente avanço da indústria e do comércio, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a partir de quando os mercados se ampliaram para atingir a circulação universal da riqueza.

Nos últimos cinquenta anos, a par do surgimento dos blocos econômicos comunitários, entre os quais se destaca a União Européia, assistimos ao agigantamento dos grupos econômicos e empresariais e à concentração da produção em empresas em variados setores. E no crepúsculo do século passado, o fenômeno da globalização possibilitou ainda mais que os fornecedores de produtos e de serviços se unissem em corporações internacionais de grande porte. Enquanto isso, do outro lado, permaneciam os “consumidores” em sua esfera individual, como destinatários finais dessa produção.

Nesse contexto, a sistematização do Direito do Consumidor surgiu como resposta da ciência jurídica ao abismo entre as poderosas redes de fornecedores e os milhões de consumidores, que se viam afastados da efetiva proteção de seus direitos. Percebeu-se, enfim, a insuficiência da concepção liberal individualista para satisfazer essa nova realidade da sociedade de consumo. A respeito, com aguçado espírito crítico, observou Konder COMPARATO muito antes da disciplina dogmática da matéria, ainda em 1974:

“A idéia de uma sistemática proteção do consumidor, nas relações de mercado, é sem dúvida estranha à teoria econômica clássica. Esta partia, com efeito, da noção de necessidade econômica individual, imaginando que ela se exprimisse livremente no mundo das trocas, como imposição da

própria natureza, e como elemento formador da demanda global, à qual adaptar-se-ia, *ex post factum*, a oferta *global*. Nessa concepção, não cabe pois falar em proteção do consumidor, pois entende-se que é este, afinal de contas, quem dita as leis do mercado. Toda a discussão cinge-se ao aspecto da capacidade econômica de consumo, ou seja, a aptidão do consumidor a pagar o preço dos bens e serviços de que necessita” (1974).

Os avanços no tema partiram, *ultima ratio*, de uma constatação manifesta, a *vulnerabilidade* do consumidor, que mais e mais se enfraquecia no plano individual, e visaram, na outra ponta, a um objetivo consensualmente admitido, a imprescindibilidade da defesa desse consumidor.

O Direito deparou, então, com duas situações aparentemente antagônicas:

De um lado, preservar as leis de mercado e o desenvolvimento econômico, que se ancoraram na globalização como expressão da ordem capitalista;

De outro, evitar o esmagamento dos indivíduos pelas corporações.

A solução mediadora adotada conferiu ao Direito do Consumidor um caráter de intervenção estatal no mercado, hoje presente tanto nos países do *Common Law* quanto do *Civil Law*, a exemplo do que ocorre na Europa continental e nos sistemas que lhe seguiram o modelo, entre eles o brasileiro.

Além desse intervencionismo estatal, o Direito do Consumidor reflete outra tendência contemporânea da ciência jurídica em todos os seus ramos, a saber, garantir a efetividade do acesso à Justiça e aos direitos proclamados no ordenamento jurídico.

Os séculos XIX e XX, até a Segunda Grande Guerra, revelaram a fragilidade dos direitos declarados formalmente na Constituição e nas leis ordinárias em garantir os indivíduos e as células sociais contra o arbítrio e os excessos e abusos dos grupos políticos e econômicos. As sociedades passaram a preocupar-se com os instrumentos para assegu-

rar a inclusão de cada um e de todos como protegidos pela ordem jurídica, como aplicação do princípio democrático. O Direito do Consumidor inseriu-se nesse panorama, como registrou Antônio Herman BENJAMIN:

“Quanto maior for o número dos vulneráveis, maior será a sensibilidade estatal. É que em uma sociedade democrática, compreensivelmente, a equação numérica tem enorme peso. Esta a razão para que o Direito, muitas vezes, fique ao lado da maioria mesmo que com a minoria esteja o poder e a riqueza. Daí que o Direito do Consumidor não se justifica apenas como produto da sensibilidade do legislador para com a vulnerabilidade do consumidor. Igualmente relevante no seu desenvolvimento é o fato de que os consumidores são imensamente majoritários no mercado” (1991, p. 50).

A fim de atingir esse duplo propósito, proteger a parte mais frágil nas relações econômicas e jurídicas e a ela assegurar o acesso à Justiça, o Direito do Consumidor se bifurcou em normas de direito material e normas de direito processual, ora para equilibrar o vínculo entre as partes, ora para moldar os institutos processuais à defesa individual e coletiva dos direitos.

2. O sistema normativo brasileiro de proteção ao consumidor

2.1. Constituição de 1988

A analítica Constituição brasileira de 1988, na procura de ampliar e reforçar os direitos e interesses individuais e coletivos, alçou à categoria e nobreza dos direitos fundamentais a defesa do consumidor e a incluiu entre os princípios da ordem econômica nos ~~arts.~~ 5º, XXXII, e 170, V, assim redigidos:

- “Art. 5º

(...)

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

• “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor.”

A Constituição Federal, além de disciplinar a iniciativa legislativa na matéria, na órbita dos tributos, também estabeleceu, no art. 150, § 5º, que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. E, em relação à prestação de serviços públicos, diretamente ou por concessão e permissão, o seu art. 175 atribuiu à lei ordinária dispor sobre os “direitos dos usuários”.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez, em meio às normas de aplicação da nova Constituição e de transição entre o regime anterior e o atual, determinou que o Congresso Nacional elaborasse “código de defesa do consumidor”.

Como se vê, a opção do constituinte originário se evidenciou em vários dispositivos do texto constitucional em favor da defesa do consumidor, impondo ao legislador ordinário a tarefa de tornar efetivo esse propósito.

2.2. O Código de Defesa do Consumidor

a) Codificação

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11.9.1990, não se originou, como na França, de uma simples decisão ministerial, tendo encontrado sustentação, ao contrário, na própria Constituição. Por outro lado, a opção do constituinte de 1988 por um código, e não por uma lei, contribuiu para dar coerência e homogeneidade a esse novo ramo do direito, além de fortalecer o tratamento da matéria.

A propósito, quando do debate durante os trabalhos preparatórios de elaboração do Código, assinalou a doutrina:

“O constituinte, claramente, adotou a concepção da codificação, nos

passos da melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.

Ora, se a Constituição optou por um Código, é exatamente o que temos hoje. A dissimulação daquilo que era código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era” (GRINDVER; BENJAMIN, 1997, p. 9).

b) Influência estrangeira

Sem embargo da controvérsia inicial sobre a codificação, inspirou-se o Código de Defesa do Consumidor em modelos legislativos vigentes no estrangeiro. Com efeito, desde a Resolução n. 39/248 de 9/4/1985, da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, identificada como a origem dos direitos básicos do consumidor, além da legislação comunitária européia, as legislações francesa, espanhola, portuguesa, alemã, mexicana, canadense e norte-americana foram as fontes de inspiração para o Código brasileiro. Como anota a mesma fonte doutrinária,

“A maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Projet de Code de la Consommation*, redigido sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy. Também importantes no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*,

Lei n. 26/1984), de Portugal (*Lei n. 29/81*, de 22 de agosto), do México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979).

Visto agora pelo prisma mais específico de algumas de suas matérias, o Código buscou inspiração, fundamentalmente, no direito comunitário europeu: as Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). Foram utilizadas, igualmente, na formulação do traçado legal para o controle das cláusulas gerais de contratação, as legislações de Portugal (*Decreto-Lei n. 446/85*, de 25 de outubro) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976).

Uma palavra à parte merece a influência do direito norte-americano. Foi ela dupla. Indiretamente, ao se usarem as regras européias mais modernas de tutela do consumidor, todas inspiradas nos *cases* e *statutes* americanos. Diretamente, através da análise atenta do sistema legal de proteção ao consumidor nos Estados Unidos. Aqui foram úteis, em particular, o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act*” (GRINDVER; BENJAMIN, 1997, p. 10).

Essa influência da legislação estrangeira, contudo, não impediu a elaboração de um Código adaptado à realidade brasileira e às suas peculiaridades, em que sobreleva a desigualdade entre os mais abastados e os menos favorecidos, a acentuar a impotência e a hipossuficiência destes e a exigir do Direito, em conseqüência, respostas cada vez mais eficazes para ampliar o acesso à Justiça.

c) Estrutura do Código de Defesa do Consumidor

A Lei nº 8.078, publicada em 12/9/1990, resultou de quase dois anos de elaboração legislativa, em cujo período o anteprojeto inicial, depois de intensos debates nas duas Casas do Congresso e audiências públicas, sofreu modificações e aperfeiçoamentos proporcionados pela participação de importantes segmentos da sociedade, como indústria, comércio, serviços, governo, consumidores, cidadãos, além da contribuição de juristas e especialistas de reconhecida postura cultural.

O Código de Defesa do Consumidor conta com seis títulos, que tratam (a) dos direitos do consumidor, (b) das infrações penais, (c) da defesa do consumidor em juízo, (d) do sistema nacional de defesa do consumidor, (e) da convenção coletiva de consumo e (f) das disposições finais.

O título I contém sete capítulos, iniciando pelas disposições gerais (I) e abordando a política nacional das relações de consumo (II), os direitos básicos do consumidor (III), a qualidade dos produtos e serviços, a prevenção e reparação dos danos (IV), as práticas comerciais, como a oferta, a publicidade e os abusos (V), a proteção contratual (VI) e as sanções administrativas (VII).

O título II cuida especificamente das infrações penais. E o título III, com importantes inovações também no campo processual, sobretudo nas áreas da legitimação das partes e dos efeitos da *res iudicata*, abrange, em quatro capítulos distintos, depois das disposições gerais, as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, as ações de responsabilidade do fornecedor e a coisa julgada.

O título IV, por sua vez, trata do sistema nacional de defesa do consumidor, enquanto o título V se ocupa da convenção coletiva de consumo e o último, o VI, reserva-se às disposições finais.

3. As principais inovações do sistema brasileiro de proteção ao consumidor

Importantes inovações e peculiaridades extraem-se dessa sistematização, sendo de

notar-se de início a coexistência de normas de direito material e normas de direito processual, assim como relevantes alterações na relação entre o direito público e o privado, tornando expressa a intervenção estatal na autonomia da vontade e na liberdade de mercado, princípios reitores do direito privado desde a construção do *pacta sunt servanda*.

Entre as suas principais inovações, salienta a doutrina:

– “formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, abrangendo inclusive as operações de crédito e securitárias;

– um elenco de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação;

– proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação);

– melhoria do regime jurídico dos prazos prescricionais e decadenciais;

– ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades;

– regramento do *marketing* (oferta e publicidade);

– controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo;

– introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal;

– facilitação do acesso à Justiça para o consumidor;

– incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletivas de consumo” (GRINDEVER; BENJAMIN, 1991, p. 10-11).

Entre tantas, algumas merecem especial destaque, como se procurará demonstrar a seguir.

4. A proteção contratual e o direito privado

Ao proteger os contratos contra os abusos dos agentes econômicos, o Código permitiu a intervenção dos órgãos de proteção ao consumidor, notadamente do Judiciário, nas cláusulas pactuadas entre as partes e também nos contratos de adesão, interferindo diretamente na autonomia da vontade para cercear as condições que restrinjam as informações ao consumidor e para caracterizar como “nulas de pleno direito” as cláusulas viciadas introduzidas nos contratos pelos fornecedores de produtos e serviços.

O Direito do Consumidor incorporou, na verdade, o dirigismo contratual característico das normas de direito econômico, de ordem pública e, por isso mesmo, de aplicação imediata, como antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor já proclamava o Superior Tribunal de Justiça, entre outros, no REsp n. 2.595-SP (DJ 1º/10/1990), julgado em 28.8.90, em cujo voto, como relator, assinalei:

“Orlando GOMES, em obra dedicada ao Direito Econômico, analisando os aspectos jurídicos do dirigismo econômico nos dias atuais, após assinalar que a sanção pela transgressão de norma de ordem pública é a nulidade, afirma:

‘Outro princípio que sofre alteração frente à ordem pública dirigista é o da intangibilidade dos contratos. Sempre que uma nova lei é editada nesse domínio, o conteúdo dos contratos que atinge tem de se adaptar às suas inovações. Semelhante adaptação verifica-se por força de aplicação imediata das leis desse teor, sustentada como prática necessária à funcionalidade da legislação econômica dirigista.

Derroga-se com o princípio da aplicação imediata a regra clássica do direito intertemporal que resguarda os contratos de qualquer intervenção legislativa decorrente de lei posterior à sua conclusão’ (1977, p. 59).

Atento a essa qualidade das normas de direito econômico, que se revestem do atributo de normas de ordem pública, esta Corte vem prestigiando a aplicação imediata de tais normas, atingindo contratos em curso.”

Posteriormente, a mesma Corte veio reconhecer esse caráter de ordem pública das normas do Código de Defesa do Consumidor, ao afastar, por exemplo, a cláusula contratual de eleição de foro (Conflitos de Competência n. 19.105-MS, DJ 15/3/1999, e n. 32.868-SC, DJ 11/3/2002). Esses acórdãos receberam as seguintes ementas, no pertinente:

• “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE COM BASE NA DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PREJUÍZO À AMPLA DEFESA DO RÉU. CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DA NORMA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA/STJ.

– Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do enunciado nº 33 da Súmula/STJ.”

• “COMPETÊNCIA. CONFLITO. FORO DE ELEIÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA ESPECIAL.

– O Código de Defesa do Consumidor orienta a fixação da competência segundo o interesse público e na esteira do que determinam os princípios constitucionais do acesso à Justiça, do contraditório, ampla defesa e igualdade das partes.

– Prestadoras de serviços, as instituições financeiras sujeitam-se à orientação consumerista.

– É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão quando gerar maior ônus para a parte hipossuficiente defender-se ou invocar a jurisdição, propondo a ação de consumo em local distante daquele em que reside.

– Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Canoas.”

O advento do Código de Defesa do Consumidor contribuiu para acelerar e acentuar o processo de reforma que perpassa os ramos do direito, principalmente o civil, o comercial e o processual. Aliás, o Direito do Consumidor constitui-se expressivo passo rumo à prevalência dos interesses sociais sobre os meramente individuais. A respeito, já lecionava Darcy BESSONE, nas décadas de 50/60:

“Tornou-se evidente que é necessário criar um sistema de defesas e garantias, para impedir que os fracos sejam espoliados pelos fortes, assim como para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais.

Todos, diz Ripert, apelam para o Estado, exigindo-lhe a ordem econômica. Premido por tão urgentes solicitações, o Estado passa a dirigir o contrato, não tanto segundo a vontade comum e provável dos contratantes, mas atentando, sobretudo, nas necessidades gerais da sociedade. Legisla em nome da ordem pública, cuja noção se alarga e enriquece. A lei deixa de ser a regra abstrata e permanente, para se tornar um regulamento temporário e detalhado.

(...)

Os princípios tradicionais, individualistas e severos, sofrem freqüentes derrogações, em proveito da Justiça contratual e da interdependência das relações entre os homens” (1960, p. 52-53).

A propósito, no âmbito do direito privado, no Brasil editou-se um novo Código Civil (ainda em *vacatio legis*), para substituir o

anterior, de 1916, buscando a disciplina das obrigações e dos contratos, assim como o direito societário, nos moldes da emergente sociedade de consumo, refletindo “uma mudança de paradigmas que atribui ao moderno direito civil uma tônica social, orientada pela necessidade de realização da justiça concreta e pautada na chamada *ética da situação*”. Depois de quase três décadas de discussão e debates, finalmente se votou e sancionou o novo diploma civil, não obstante a sua desatualização em diversos pontos, sobretudo em relação ao Direito de Família, em que as alterações estão muito aquém das profundas inovações introduzidas na Constituição de 1988, esperando-se agora que, ainda no período da *vacatio legis*, ou em futuro próximo, advenham mudanças legislativas a atualizar o novo texto editado, compatibilizando-o com as diretrizes constitucionais e com a arejada e renovadora jurisprudência que a esta prontamente se incorporou¹.

O Direito Comercial igualmente vem tomando ares de vanguarda ao ampliar os debates sobre as sociedades anônimas e a lei de falências, agora inspirada no soerguimento das empresas e não mais no encerramento definitivo de suas atividades.

Acerca dessa postura do direito privado e da atualidade do Direito do Consumidor, confira-se o REsp n. 63.981-SP (DJ 20/11/2000), de que fui relator, com esta ementa:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (‘PANASONIC’). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I – Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II – O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje ‘bombardeado’ diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III – Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV – Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V – Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.”

A referida jurisprudência brasileira, de sua vez, tem-se manifestado em um sem-número de variados casos, a exemplo dos relacionados a seguir, de aplicação no campo do direito material:

Cláusula de limitação de tempo de internação (plano de saúde)

• *REsp n. 251.024-SP (DJ 4/2/2002), 2ª Seção*

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I – É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado.

II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

III – Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial.”

Cláusula dúbia em contrato de adesão

• *REsp n. 311.509-SP (DJ 25/6/2001)*

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE. TRANSPLANTE. COBERTURA DO TRATAMENTO. CLÁUSULA DÚBIA E MAL REDIGIDA. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ART. 54, § 4º, CDC. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 5. PRECEDENTES. RECURSO NÃO-CONHECIDO.

I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de deter-

minado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular nº 5.

II – Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga.”

Perda das parcelas pagas em compromisso de compra e venda

• *REsp n. 158.193-AM (DJ 23/10/2000)*

“I - É nula a cláusula que estabelece a perda integral das parcelas pagas em contrato de promessa de compra e venda de imóvel, pelo inadimplente, consoante o artigo 53 da Lei nº 8.078/90 (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor).”

Contratos de arrendamento mercantil (leasing)

• *REsp n. 248424-RS (DJ 5/2/2001)*

“4. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de arrendamento mercantil”.

Extravio de mercadoria em transporte aéreo

• *REsp n. 257.298-SP (DJ 11/6/2001)*

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA. ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.

– Nos casos de extravio de mercadoria ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo en-

tre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação especial.”

• *REsp n. 156.240-SP (DJ 12/2/2001)*

“RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DA BAGAGEM. DANO MATERIAL. DANO MORAL.

– A indenização pelos danos material e moral decorrentes do extravio de bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado, nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor.”

Atraso de voo em viagem internacional

• *REsp n. 235.678-SP (DJ 14/2/2000)*

“TRANSPORTE AÉREO. ATRASO. VIAGEM INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. DANO MORAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

– O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC.”

Serviço de entrega rápida

• *REsp n. 196.031-MG (DJ 11/6/2001)*

“DIREITO DO CONSUMIDOR. LEI Nº 8.078/90 E LEI Nº 7565/86. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DA PRIMEIRA. SERVIÇO DE ENTREGA RÁPIDA. ENTREGA NÃO EFETUADA NO PRAZO CONTRATADO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO NÃO TARIFADA.

I – Não prevalecem as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica que conflitem com o Código de Defesa do Consumidor.

II – As disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a generalidade das relações de consumo, inclusive as integradas por empresas aéreas.

III – Quando o fornecedor faz constatar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja conseqüência não deve arcar o consumidor.”

Fabricante de veículo automotor

• REsp n. 195.659-SP (DJ 12/6/2000)

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPRA DE VEÍCULO NOVO COM DEFEITO DE FÁBRICA. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE.

1. Comprado veículo novo com defeito de fábrica, é responsabilidade do fabricante entregar outro do mesmo modelo, a teor do art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.”

Fornecimento de água

• REsp n. 263.229-SP (DJ 9/4/2001)

“ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa pescados.

2. A empresa utiliza o produto como consumidora final.

3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

5. Recurso provido.”

Fornecimento de energia elétrica

• Ag/REsp n. 298.017-MG (DJ 27/8/2001)

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL.

ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. CORTE DE FORNECIMENTO. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. IMPOSSIBILIDADE.

– Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22).

– O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito.”

Atualmente, depois de o Superior Tribunal de Justiça admitir a aplicação do CDC às operações bancárias e até mesmo às financeiras¹, a Suprema Corte está a debater a constitucionalidade ou não do Código de Defesa do Consumidor em relação à limitação dos juros bancários. É que a Constituição brasileira remete a regulação do sistema financeiro nacional à lei complementar, abrindo espaço para a discussão sobre a pertinência de o conceito de serviço, expresso no art. 3º, § 2º, CDC, incluir as atividades “de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”.

Outras situações, evidentemente, estão a exigir maior elaboração doutrinária e jurisprudencial, não só pela novidade do Direito do Consumidor nos ordenamentos normativos como também pela complexidade das relações econômicas na sociedade recente. A própria noção de consumidor enseja controvérsias ainda por descortinar: o art. 2º o define como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, equiparando a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. No ponto, o Superior Tribunal de Justiça considerou inaplicável o CDC em alguns casos, como exemplifica o REsp n. 218.505-MG (DJ 14/2/2000), de cuja ementa se colhe:

“MÚTUO. REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2%. INEXISTÊNCIA NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

– Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor.”

Entretanto, a qualificação de destinatário final nem sempre é suficiente para abranger todos os casos na cadeia das relações jurídico-econômicas. É o que se observa, por exemplo, na relação entre o taxista que adquire o automóvel para utilizá-lo em sua atividade lucrativa, como instrumento de trabalho, e o fabricante ou fornecedor. Em caso de defeito do produto, seria questionável a inclusão do comprador entre os consumidores, porquanto não propriamente destinatário final do veículo. De outro lado, existe a relação entre uma fábrica de automóveis e seus fornecedores de peças, ambos de porte econômico elevado. A diferença que se evidencia entre um caso e outro não se situa no destino final do produto, mas sim na disparidade econômica entre as partes na relação jurídica, ou, em outras palavras, a hipossuficiência ou a vulnerabilidade de um lado em relação ao outro.

Nessa seara, a jurisprudência reconheceu a incidência do CDC para o produtor rural que comprou adubo para sua atividade produtiva:

• *REsp n. 208.793-MT (DJ 1º/8/2000)*

“1. A expressão ‘destinatário final’, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento.”

Trata-se de situações ainda sob meditação da doutrina e da jurisprudência, que não sedimentaram conclusões hábeis a responder à altura ao verdadeiro propósito de proteção do Direito do Consumidor ao economicamente mais vulnerável.

5. A desconsideração da personalidade jurídica

O Código de Defesa do Consumidor positivou a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, proclamando o seu art. 28 que poderá ser desconsiderada também “a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (§ 5º).

Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça, na sua condição de Corte Suprema do País como guardião do direito infraconstitucional, tem aplicado o dispositivo em vários de seus julgados, a exemplo dos REsp n. 252.759-SP (DJ 27/11/2000) e 63.652-SP (DJ 21/8/2000), das Turmas Especializadas em Direito Privado, com estas ementas:

“DOUTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES.

1. Não desqualificada a relação de consumo, possível a desconsideração da personalidade jurídica, provada nas instâncias ordinárias a existência de ato fraudulento e o desvio das finalidades da empresa, ainda mais quando presente a participação direta do sócio, em proveito próprio.”

“FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DUAS RAZÕES SOCIAIS, MAS UMA SÓ PESSOA JURÍDICA. QUEBRA DECRETADA DE AMBAS.

(...)

– O juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.”

6. As ações coletivas e a defesa do consumidor em juízo

O título III do Código do Consumidor ocupa-se de importante parte a respeito da proteção ao consumidor, ao dispor sobre a sua defesa em juízo.

Nesse título, a Lei nº 8.078/90 buscou abranger as atividades desenvolvidas pelo consumidor em juízo, na posição de autor, réu ou eventual beneficiário de ações coletivas ajuizadas por pessoas especialmente legitimadas.

As ações coletivas, que no Brasil ganharam excepcional relevo com a edição da Lei nº 7.347, de 24.7.1985, receberam expressão ainda maior com o advento do Código do Consumidor.

Como assinala em outra oportunidade, protegendo interesses de consideráveis parcelas da comunidade que se viam frustradas na defesa de seus direitos, sem o devido amparo legal, a Lei nº 7.347, de 24-7-1985, além de tornar realidade o princípio constitucional de acesso à tutela jurisdicional do Estado, representa significativa evolução no sentido da superação do modelo tradicional do processo civil, adequando-o à sociedade dos nossos dias, não mais de características individualistas, mas predominantemente de massa, voltada para o interesse coletivo.

Prevista originariamente, no projeto de 1984, para preservar o meio ambiente e bens ou valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, a “ação civil pública”, ao ser instituída, viu-se também destinada à defesa do consumidor, tendo, inadvertidamente, mantido o qualificativo “pública”, que, diga-se de passagem, não lhe assenta em rigor científico.

A “ação civil pública” constitui, além de inegável progresso jurídico, relevante instrumento político, na medida em que, preservando bens e valores caros a segmentos significativos da coletividade, protege, ampara e defende a própria sociedade.

Na esteira dessa Lei 7.347/85 surgiu, em sua parte processual, como ação cole-

tiva, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), tendo o legislador, inteligentemente, ainda feito a interação desses dois diplomas, dispondo em ambos que neles sejam aplicadas, no que couber, as normas do outro.

Destarte, tanto em uma como em outra dessas duas leis, na parte processual o foco se guiou para o acesso à Justiça.

Em se tratando do consumidor, no entanto, as normas processuais identificam-se nas ações individuais e nas coletivas.

Nas primeiras, o CDC contempla:

a) a possibilidade de fixação da competência pelo domicílio do consumidor autor nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços (art. 101, I);

b) a inadmissibilidade da denunciação da lide nas ações de regresso intentadas pelo fabricante, construtor, fornecedor, produtor, importador ou pelo comerciante que tenha pago o prejuízo ao consumidor prejudicado (art. 88);

c) a possibilidade de chamamento ao processo especificamente previsto para o segurador da responsabilidade (art. 101, II) e diverso do instituto já definido no Código de Processo Civil;

d) a reafirmação do direito constitucional subjetivo de ação ao estabelecer que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83);

e) a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer (art. 84), mais de quatro anos antes de ser introduzida no Código de Processo Civil, permitindo que o juiz determine “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”;

f) a ampliação da extensão subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas, tornando-a *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme se trate de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 103).

Além dessas, a inversão do ônus da prova, a implantação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas

para a solução de litígios de consumo e a assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente vêm ao encontro do propósito maior que inspirou o Código, o *acesso à Justiça*.

No campo das ações coletivas, todavia, o Direito do Consumidor no Brasil arrimou-se em dois pilares: ao positivar as categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e ao ampliar a legitimação ativa para a defesa dos consumidores em juízo.

O art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor assim dispõe:

“*Art. 81.* A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Exemplificando, no primeiro grupo estão os atingidos por propaganda enganosa e por produtos nocivos. No segundo, contribuintes ante um mesmo tributo, as associações de pais de alunos e os sindicatos. No terceiro grupo, os alcançados por um ato ilícito civil de mesma origem.

Os arts. 91 e seguintes, por sua vez, disciplinam as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos.

Mais de uma década antes, em 1978, ao tratar da legitimação coletiva, já preconizavam Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH

algumas soluções para efetivar-se o acesso à Justiça: além da assistência judiciária aos pobres, preocuparam-se com a representação dos interesses difusos, assim entendidos, na expressão desses ilustres mestres, “os interesses coletivos ou grupais”. A propósito, sobre a importância do tema para o processo civil, acentuaram:

“Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira ‘revolução’ está-se desenvolvendo dentro do processo civil. Vamos examiná-la brevemente, antes de descrever com mais detalhes as principais soluções que emergiram.

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares” (1988, p. 49-50).

Linhas após, acerca da ampliação da legitimação ativa para defender essa categoria dos interesses, expressaram aqueles doutrinadores:

“Em primeiro lugar, com relação à legitimação ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos.

Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a ‘citação’ e o ‘direito de ser ouvido’. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região –, é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.

(...)

A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos” (p. 50-51).

CAPPELLETTI, Aliás, noutra oportunidade, em conferência pronunciada no Brasil, em Curitiba, em 18/11/1991, como a recordar Franz Klein, alertava para a dimensão social do processo, que devia voltar-se para a ótica dos usuários da prestação jurisdicional do Estado e não se prender apenas aos seus produtores e produtos e às normas (1992, p. 34-51).

Sem revolver aqui a evolução histórica dos interesses coletivos e difusos, é pertinente salientar, todavia, que sua inclusão entre os direitos fundamentais adveio dos movimentos sociais das décadas de 1950 e 1960, sobretudo nos Estados Unidos, onde as manifestações das mulheres, dos negros,

dos ambientalistas e dos integrantes de parcelas excluídas da proteção estatal culminaram na edição do *Civil Rights Act*, em 1964, que, combatendo a segregação racial nas escolas, mais tarde propiciaram as políticas de ação afirmativa. (Ver LEAL, 1998, cap. 7).

Desde então, os direitos coletivos e difusos passaram a exigir meios de *concretização*, que necessariamente dependiam de políticas públicas e mudanças de comportamento das empresas privadas.

Um desses instrumentos de concretização foi a ampliação do rol de pessoas legitimadas para intentar as ações coletivas, como o Ministério Público, as entidades não-governamentais sem fins lucrativos e o indivíduo, isoladamente ou como cidadão, no caso da ação popular brasileira, ao lado das associações civis, das fundações e dos sindicatos, que passaram igualmente a expandir seu poder de atuação conforme sua capacidade de organização na sociedade.

7. A inversão do ônus da prova

A par das transformações do Direito Privado, o Direito Público, em especial o processo civil, sofreu mudanças significativas, entre as quais se insere, além de uma nova visão do instituto da *res iudicata*, a inversão do ônus da prova, quer dizer, é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, exemplificam os REspS n. 140.097-SP (DJ 11/9/2000), 81.101-PR (DJ 31/5/1999), 122.505-SP (DJ 24/8/1998) e 203.225-MG (j. em 2.4.2002):

• “A regra contida no art. 6º/VIII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as

partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa.”

• “CIVIL E PROCESSUAL – CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) – INDENIZAÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.

II – Cabível a inversão do ônus da prova.

III – Recurso conhecido e provido.”

• “RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor, a ‘responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’ (art. 14, § 4º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consu-

midor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’ (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da ‘facilitação da defesa’ dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido.”

• “Não há vício em acolher-se a inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova.”

É próprio ressaltar que o ônus da prova segue, no Brasil – e continua a seguir –, a regra geral de incumbir a quem alega o fato constitutivo do seu direito, como expressa o art. 333 do Código de Processo Civil de 1973. O Código de Defesa do Consumidor não derogou essa regra geral, porém flexibilizou sua aplicação ao permitir ao juiz inverter o ônus em duas situações: tratar-se de alegação semelhante à verdade, provavelmente verdadeira, e estar o consumidor em posição hipossuficiente na relação jurídica de consumo estabelecida em cada caso levado a exame do Judiciário. As duas premissas para a inversão do ônus da prova, como se vê no art. 6º, CDC, devem fundar-se na experiência comum, no senso de julgamento do magistrado.

8. A legitimação ativa nas ações coletivas

Afastando as limitações do art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, nas ações coletivas, o legislador ordinário brasileiro inovou de forma louvável em se tratando de legitimação ativa, o que também ocorreu no texto constitucional,

dando especial relevo ao Ministério Público, quer como *custos legis*, quer como parte legitimada, o que, ressalvados alguns excessos, tem contribuído em muito para a efetividade dos processos coletivos. Aliás, a missão institucional do Ministério Público tem-se sobrelevado na solidificação da democracia, mediante a garantia dos instrumentos necessários e efetivos de cidadania. A respeito, a jurisprudência tem reconhecido o mérito da Instituição, como se extrai, entre outros, do REsp n. 34.155-MG (DJ 11/1/1996), por mim relatado e assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENSALIDADES ESCOLARES. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE COLETIVO. LEGITIMAÇÃO ATIVA. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I – Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social.

II – Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.”

Em várias outras hipóteses, o Ministério Público tem reconhecida legitimidade para atuar em defesa dos consumidores, como mostram estes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Parcelamento do solo

• REsp 174.308-SP, DJ 25/2/2002

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI 7.347/85). INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para promover ação civil pública destinada à defesa dos interesses difusos e coletivos, incluindo aqueles decorrentes de projetos referentes ao parcelamento de solo urbano.

2. Precedentes jurisprudenciais.”

Plano de saúde

• REsp 177.965-PR, DJ 23/8/1999

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. UNIMED.

– O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). Art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes.

– Recurso conhecido e provido.”

Prêmio de seguro-saúde

• REsp 286.732-RJ, DJ 12/11/2001

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE SEGURO-SAÚDE. PRÊMIO. REAJUSTAMENTO DE VALORES. ATO ADMINISTRATIVO. DESCONFORMIDADE COM AS REGRAS PERTINENTES.

– Segundo as áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, compete à Segunda Seção processar e julgar feitos relativos a direito privado em geral.

– O debate sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em favor dos consumidores do serviço de saúde prejudicados pela majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde situa-se no campo do Direito Privado.

– É cabível ação civil pública para requerer a suspensão de cobrança a maior de prêmios de seguro-saúde. Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os consumidores lesados que pactuaram com as empresas de seguro-saúde.

– O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o acesso à saúde.”

Contrato bancário por adesão

• REsp 175.645-RS, DJ 30/4/2001

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE ADESÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

– O Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública tendo por objeto cláusulas de contratos bancários de adesão. Recurso não conhecido.”

Ingresso de idosos em estádio de futebol

• REsp 242.643-SC, DJ 18/12/2000

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INGRESSO GRATUITO DE APOSENTADOS EM ESTÁDIO DE FUTEBOL. LAZER.

– O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública.

– Recurso conhecido e provido.”

Compra e venda de imóvel por adesão

• EREsp 141491-SC

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLÁUSU-

LA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JÁ ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa.

II – Como já assinalado anteriormente (REsp. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III – Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV – Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.

V – Embargos acolhidos.”

Interesses individuais homogêneos

• *REsp 168.859-RJ, DJ 23/8/1999*

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

– O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição.

– Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, parágrafo único III, e art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes.

– Recurso conhecido e provido.”

Segurados INSS

• *REsp 211.019-SP, DJ 8/5/2000*

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

– O Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva visando proteger o interesse de todos os segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS, pertinente ao pagamento dos benefícios sem a devida atualização, o que estaria causando prejuízo grave a todos os beneficiários.

– Sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange

toda a amplitude de seus conceitos e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão.

– Recurso provido.”

Salário mínimo de servidor municipal

• *REsp 95.347-SE, DJ 1º/2/1999*

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL.

1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.

2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual.

3. Recurso conhecido e provido.”

Nulidade de concurso público

• *REsp 180.350-SP, DJ 9/11/1998*

“PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO.

– O Ministério Público é legitimado a propor ação civil pública, visando à decretação de nulidade de concurso público que afrontou os princípios de acessibilidade, legalidade e moralidade.

– Trata-se de interesses transindividuais de categoria ou classe de pessoa e de direitos indivisíveis e indisponíveis, de toda coletividade.

– Recurso improvido.”

Em outros casos, contudo, a Corte não admitiu a legitimidade ativa do Ministério Público para defender interesse dos consu-

midores porquanto não configurado, no seu entendimento, o interesse difuso ou coletivo. É o que se vê nestes dois julgamentos, relativos à cobrança de tributos e à aposentadoria e pensão de servidores públicos:

Cobrança de tributo

• *REsp 175.888-PR, DJ 3/5/1999*

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI E DEFENDER DIREITOS DIVISÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

– O Ministério Público só tem legitimidade para figurar no pólo ativo de ação civil pública quando na defesa de interesse difuso ou coletivo, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, incisos I e II da Lei 8.078), de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

– O pedido de suspensão de pagamento de tributo e a respectiva repetição de indébito não se insere na categoria de interesses difusos ou coletivos porquanto são divisíveis e individualizáveis. Interesse coletivo, na dicção da lei, não se confunde com interesse público ou da coletividade, pois aquele (interesse público) não entende como sendo uma simples realidade quantitativa, dependente do número de indivíduos que o partilham. O pedido de sustação de pagamento de tributo, cumulado com repetição de indébito, não tem conteúdo de interesse público, a ser protegido pela ação civil pública, que não pode substituir a de repetição de indébito, pois, se cuida de direito individual, determinado, quantificado, eis que cada con-

tribuinte efetua pagamento de quantia certa, em período considerado. Os contribuintes não são consumidores, não havendo como se vislumbrar sua equiparação aos portadores de direitos difusos ou coletivos (Lei nº 7.347, art. 1º, IV).

– Em se tratando, *in casu*, de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, titularidades e quantificáveis, devem ser postulados, na esfera jurisdicional, pelos seus próprios titulares, já que, na sistemática do nosso direito, salvo exceção legal, ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio.

– Recurso improvido. Decisão unânime.”

Aposentadoria e pensão de servidor

• *REsp 143.215-PB, DJ 7/12/1998*

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

– O Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor ação civil pública visando à manutenção de aposentadorias e pensões de servidores públicos da Universidade Federal da Paraíba. Tratando-se de direitos individuais disponíveis, os titulares podem deles dispor. Inexistência de violação à Lei Complementar nº 75/93 e à Lei nº 7.347/85.

– Recurso especial desprovido.”

Além do *Parquet*, as associações de defesa dos consumidores vêm tendo reconhecida legitimidade para atuar ativamente nas ações coletivas, uma vez presente o interesse difuso e coletivo. A propósito, ilustram os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

• *REsp 157.713-RS, DJ 21/08/2000*

“AÇÃO COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ASSOCIAÇÕES. LEGITIMIDADE.

– As associações a que se refere o artigo 82, IV, do Código de Defesa do

Consumidor têm legitimidade para pleitear em juízo em favor de quantos se encontrem na situação alcançada por seus fins institucionais, ainda que não sejam seus associados.”

· *Empréstimo compulsório sobre combustíveis*

REsp n. 294.021-PR (DJ 2/4/2001)

“6. A Lei da Ação Civil Pública foi alterada pelo Código de Defesa do Consumidor, restando possibilitado o ajuizamento de ações civis públicas para a defesa também dos chamados ‘interesses individuais homogêneos’, entre os quais se situam os do caso em comento: consumidores de combustíveis (gasolina e álcool) que passaram a pagar, embutido no preço do bem consumido, a exação prevista no Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, denominada ‘empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis’.

7. O argumento de que a extensão de eficácia *erga omnes* somente é cabível nas hipóteses previstas originalmente na Lei nº 7.347/85 cai por terra diante da autorização expressa para interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da Lei nº 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pelo art. 117 da Lei nº 8.078/90). Assim, afasta-se a alegação de incompetência do Juízo da 4ª Vara Federal de Curitiba para a concessão de amplitude territorial à sentença porquanto tal amplitude está prevista no ordenamento jurídico nos arts. 16, da Lei nº 7.347/85, e 103, da Lei nº 8.078/90, e é efeito da sentença em ação deste gênero.

8. A Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagísti-

co, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

9. A Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO – possui, no art. 2º do seu Estatuto Social, as seguintes finalidades: “art. 2º – A Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO – tem por finalidade essencial promover a defesa do consumidor, de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor (CODECON) e legislação correlata, como também dos contribuintes e de quaisquer outras pessoas, relativamente aos danos causados ao meio ambiente e qualquer outro interesse difuso ou coletivo, na forma da Lei de Ação Civil Pública e legislação vigente’.

10. O direito em questão é individual, embora homogêneo. São interesses metaindividuais, não são interesses públicos, nem privados: são interesses sociais. E, os interesses individuais, coletivamente tratados, adquirem relevância social, que impõem a sua proteção pela via especial.”

Planos de saúde

• *REsp 72.994-SP DJ 17/9/2001*

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENTIDADES DE SAÚDE. AUMENTO DAS PRESTAÇÕES. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde.

2. Antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o país sempre buscou instrumentos de defesa coletiva dos direitos, ganhando força, seja com a Lei nº 7.347/87, seja alcançando dimensão especial com a disciplina constitucional de 1988. Sedimentados os conceitos centrais, não há razão que afaste o presente feito do caminho da ação civil pública. O instituto autor é entidade regularmente

constituída e tem legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao consumidor.

3. Recurso especial conhecido e provido.”

Consumidores excluídos de consórcio

• *REsp 222.569-SP DJ 27/8/2001*

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSÓRCIO. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA.

– A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes, desistentes ou excluídos, de consórcio, visto cuidar-se aí de interesses individuais homogêneos”.

• *REsp 132.724-RS, DJ 19/2/2001*

“PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM.

– Ação coletiva proposta por uma associação em defesa de direito individual homogêneo de consorciados desistentes para obter a devolução atualizada das prestações pagas; sentença de procedência que alcança todos os ex-participantes do consórcio. Recurso especial conhecido e provido.”

• *RESP 132063 / RS, DJ 6/4/1998*

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’. ASSOCIAÇÃO. CONSÓRCIO.

– A associação que tem por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor dos participantes desistentes de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica dos interesses de consorciados. Art. 82, IV, do CDC.

– Recurso conhecido e provido.”

Entidade representativa de classe (farmacêuticos)

• *REsp 119.122-SP, DJ 16/8/1999*

“Têm as entidades representativas de classe legitimidade ativa para defender di-

reitos e interesses de seus associados, independentemente de autorização destes.

A associação de farmacêuticos tem legitimidade para impugnar interpretação de preceito contido no Dec. 793/93 que, embora dirigido às drogarias, atinge também as farmácias.”

Condomínio em benefício dos condôminos

• *REsp 66.565-MG, DJ 24/11/1997*

“DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONDOMÍNIO. DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. ÁREA COMUM. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSES DOS CONDOMÍNIOS. IRRELEVÂNCIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ENUNCIADO N. 194 DA SÚMULA/STJ. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SOLIDEZ E SEGURANÇA DO PRÉDIO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. LEIS 4.591/64 E 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I – O condomínio tem legitimidade ativa para pleitear reparação de danos por defeitos de construção ocorridos na área comum do edifício, bem como na área individual de cada unidade habitacional, podendo defender tanto os interesses coletivos quanto individuais homogêneos dos moradores.”

9. Conclusão

Ao focalizar o sistema jurídico brasileiro de defesa do consumidor, buscamos, antes de qualquer outra preocupação, dar as suas diretrizes gerais, a partir do texto constitucional, que lhe deu guarida, a começar por determinar a elaboração de um Código, que, por sua vez, adotou regras de direito material e de direito processual, em ambas as vertentes revolucionando o direito brasileiro.

Quanto às primeiras, ao encontrar vigente no País uma legislação de direito privado ultrapassada, deu a este um novo vigor, chegando mesmo a influenciar na elaboração final do novo Código Civil já aprovado e

sancionado, para tanto encontrando a atuação arejada, fecunda e de vanguarda da jurisprudência de ponta, na qual tem tido especial relevo o Superior Tribunal de Justiça, a Corte maior do País na interpretação e aplicação do direito federal infraconstitucional.

Quanto às normas processuais, sua influência se faz sentir sobretudo em termos de coisa julgada, de inversão do ônus da prova e legitimação *ad causam*, sendo significativa a sua contribuição ao princípio do acesso à tutela jurisdicional, uma das preocupações maiores do processo civil contemporâneo e um dos seus princípios mais nobres.

Notas

¹ Ao escrever sobre a fisionomia do novo Código Civil brasileiro, destaquei:

“Três princípios foram confessadamente adotados pela Comissão de 1969: da socialidade, da operabilidade e da eticidade.

Pelo primeiro, busca-se fazer prevalecer os valores sociais e coletivos sobre os individuais, dando à nova codificação um perfil bem diferente do anterior, moldado para uma sociedade então predominantemente rural.

Pelo segundo, procura-se dar exequibilidade, realização, efetividade, enfim, às normas civis materiais, afastando o culto à forma e ao academicismo, ao fundamento de que não se deve tornar complexo o que deve ser simples e objetivo. Neste sentido, para exemplificar, o tratamento dado à distinção entre prescrição e decadência, elencados os casos daquela na parte geral e acopladas as normas da segunda aos respectivos preceitos.

Pelo princípio da eticidade, por seu turno, o novo Código dá especial ênfase a valores aos quais o Código de 1916 não deu relevo. O novo Código prioriza os valores da pessoa humana sobre o normativismo técnico-jurídico, valorizando a boa-fé, a equidade, a justa causa e outros critérios, ampliando a atuação do julgador, conferindo-lhe maior poder para realizar, no caso concreto, a solução mais justa e equitativa. Cuida-se aí, sem dúvida, do ponto mais alto do novo estatuto civil.

O legislador de 2001, por outro lado, introduziu também alterações na própria estrutura do novo Código, dividindo-o em duas partes: uma geral,

onde dispõe sobre as pessoas, os bens e os fatos jurídicos; e outra, especial, a tratar, pela ordem, em cinco livros, do Direito das Obrigações (unificado), do Direito de Empresa, do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões.

Em síntese, a par de um sem-número de inovações, muitas das quais de grande relevo para a ciência jurídica e para a sociedade brasileira dos nossos dias, e sem embargo das múltiplas deficiências que o texto contém, e que todos esperamos sejam corrigidas legislativamente ainda antes da sua entrada em vigência, certo é que estamos a ingressar em uma nova etapa do Direito Privado brasileiro, com novas regras e a correção de muitas carências acumuladas ao longo do tempo, com a renovação de conceitos e princípios e a esperança de dias melhores, nos quais tenham maior proteção os direitos do cidadão e da pessoa humana” (*O novo código civil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002).

² Entre outros, o Ag/Ag n. 296.516-SP (DJ 5/2/2001).

Bibliografia

BENJAMIN, A. Herman. O direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 670, p. 50, ago. 1991.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 1998.

COMPARATO, Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 13, n. 15-16, 1974.

GOMES, Orlando. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRINOVER, A Pellegrini; BENJAMIN, A. Herman. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

LEAL, M. Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Ciência Jurídica*, v. 6, n. 45, p. 34-51, maio/jun. 1992.

O impasse do Mercosul

Werter R. Faria

Sumário

1. Uma busca de explicação. 2. Nova tentativa de explicação. 3. Saída para o impasse: a reforma de estrutura orgânica.

1. Uma busca de explicação

Pelo Tratado de Assunção, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai decidiram constituir um mercado comum. A expressão “mercado comum” refere-se a um processo de integração mais avançado que a zona de livre comércio e a união aduaneira. A zona de livre comércio é constituída por dois ou mais Estados, com a finalidade de transformar seus mercados nacionais num mercado mais extenso, mediante a eliminação dos obstáculos ao comércio de bens e serviços, para facilitar sua circulação transfronteiriça. A união aduaneira é estabelecida por dois ou mais Estados para substituir os seus territórios aduaneiros por um só, no interior do qual são eliminados e proibidos os direitos aduaneiros e todas as medidas de efeito equivalente, na importação e na exportação, e adotada uma tarifa aduaneira comum nas trocas com terceiros países. O mercado comum é instituído por dois ou mais Estados com o objetivo de criar um espaço sem fronteiras em que, além das mercadorias, as pessoas, os serviços e os capitais circulem livremente, graças à supressão dos obstáculos existentes.

A zona de livre comércio atende a interesses exclusivamente econômicos, a união

Werter R. Faria é Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI). Porto Alegre.

aduaneira corresponde a uma fase posterior em que se mantém a livre circulação dos produtos originários dos territórios integrados da zona de livre comércio, acrescida da aplicação da tarifa externa comum. Outra característica da união aduaneira reside no estabelecimento de uma fronteira única entre o conjunto dos territórios dos Estados membros e dos países terceiros. A fronteira única decorre da adoção de uma legislação aduaneira comum ou, pelo menos, suficientemente harmonizada.

No mercado comum europeu, ainda predominam os interesses mercantilistas, entretanto a comunidade evolui como sistema político e administrativo, graças à transferência de competências que pertenciam ou pertencem aos Estados membros.

O mercado comum delineado no Tratado de Assunção pretende lançar as bases de uma união cada vez mais estreita entre os povos dos Estados Partes, e fomentar a integração da América Latina. Essa aspiração unionista está declarada no preâmbulo do Tratado, e não pode ser desdenhada na aplicação das suas disposições.

O objetivo do Tratado de Assunção encontra-se exposto no art. 1º: a constituição de um mercado comum, caracterizado pela livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados Partes, mediante, entre outros, a eliminação dos direitos alfandegários e de qualquer outra medida de efeito equivalente. O fim dos acordos internacionais constitutivos das zonas de livre comércio e das uniões aduaneiras tem relação exclusivamente com a livre circulação de mercadorias e as trocas comerciais.

Durante mais de quatro anos, o Mercosul funcionou sem personalidade jurídica, e, quando os Estados Partes o personificaram, não o individualizaram como organização de integração supranacional. Tornou-se flagrante a contradição entre o propósito do Tratado – constituir um mercado comum, denominado Mercosul – e a escolha dos instrumentos para a sua realização. O modelo

intergovernamental repousa sobre a soberania nacional dos Estados membros, e se ajusta às organizações de cooperação, que dispensam cessões de competências.

O preâmbulo do Protocolo de Ouro Preto menciona os avanços alcançados e a implementação da união aduaneira, como etapa para a construção do mercado comum. Reafirma o objetivo expresso no Tratado de Assunção. No entanto, dispõe sobre “a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração” do Mercosul como se não lhe atribuísse personalidade jurídica de direito internacional público e não se tratasse de organização de integração. Toda organização de integração é supranacional, e, se funcionar como organização de cooperação, não alcançará a reunião dos mercados nacionais em um só, no interior do qual as mercadorias, as pessoas, os serviços e os capitais circulem livremente, em consequência da abolição, entre os Estados Partes, das barreiras levantadas no território de cada um.

Três dos seis órgãos da estrutura do Mercosul correspondem ao tipo intergovernamental, visto serem constituídos por representantes dos governos dos Estados Partes. As decisões do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio do Mercosul são obrigatórias para os Estados Partes, no plano internacional. No interno, a aplicação exige a incorporação dessas normas aos ordenamentos jurídicos nacionais. Antes disso, os governos devem adotar todas as medidas necessárias para assegurar o futuro cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória.

Os atos desses órgãos imputam-se ao Mercosul, cujo poder normativo, como sucede em qualquer organização internacional, e observa CARREAU (1994, p. 223),

“pode visar situações internas próprias da organização considerada; mas pode também – e é o fenômeno mais interessante e mais revolucionário –

dirigir-se a situações ‘externas’ e criar obrigações jurídicas para os Estados membros da organização, até mesmo para Estados não-membros”.

No momento em que são aprovadas as decisões, resoluções ou diretrizes dos órgãos administrativos do Mercosul pelo Poder Legislativo dos Estados Partes, e se incorporam aos respectivos ordenamentos jurídicos, comparam-se às normas internas de cada um dos países. No Brasil, uma norma posterior pode modificar ou revogar os atos unilaterais do Mercosul, mesmo aqueles que sejam de importância capital e possam comprometer o seu bom funcionamento.

A função dos órgãos com poder de decisão não está adequada à construção do Mercosul. Compete ao Conselho, em síntese, a condução política do processo de integração e a adoção de decisões para assegurar o cumprimento dos fins do Tratado de Assunção, e lograr a constituição final do mercado comum. O Grupo exerce funções de órgão executivo do Mercosul. A Comissão de Comércio tem a incumbência de assistir ao Grupo e de velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum, tomar decisões relativas à administração e aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordada pelos Estados Partes, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com a política comercial comum e o comércio intramercosul e com terceiros países.

Todas as organizações internacionais possuem um órgão investido na função de coordenar a ação dessas entidades com a dos Estados membros, nos setores previstos nos tratados constitutivos e suas alterações. Incumbe ao Conselho a condução política do processo de integração, como órgão superior do Mercosul, e a tomada de decisões para o cumprimento dos objetivos do Tratado de Assunção, entre os quais se destaca a constituição do mercado comum. O Conselho tem em comum com os órgãos da mesma espécie das organizações internacionais

a atribuição decisória. Em vez de coordenar a ação desenvolvida pelo Mercosul com a dos Estados Partes, o Conselho dirige a própria formação da entidade. Como órgão supostamente mais indicado para desempenhar as principais atribuições deliberativas, seria necessário o funcionamento contínuo e com suporte material e humano adequado.

Tida em conta a tarefa de conduzir politicamente o processo de integração, e tomar decisões para levá-lo a bom termo, não se explica a participação no Conselho dos Ministros da Economia ou seus equivalentes, salvo pela superioridade que alguns se arrogam sobre os outros Ministros. O estabelecimento do Mercosul é uma tarefa de política externa, e deve ser confiada, por via de regra, aos Ministros das Relações Exteriores. Somente quando o Conselho tivesse que deliberar sobre assuntos de ordem técnica, como os financeiros, monetários, educacionais, sanitários ou econômicos, justificar-se-ia a presença em suas reuniões dos Ministros da área em questão. Na Comunidade Européia, como registra PHILIP (1993, p. 277),

“o Ministro presente não é sempre o mesmo. Cada governo delega ao mais competente dos seus membros, a respeito das questões inscritas na ordem do dia. Se os trabalhos concernem, por exemplo, a questões ligadas à cooperação política, os Ministros das Relações Exteriores estarão presentes. Se devem ser discutidos problemas mais técnicos, o Conselho será integrado pelos Ministros da Fazenda, pelos Ministros da Agricultura, pelos Ministros da Indústria, pelos Ministros dos Negócios Sociais, etc. Acontece igualmente que dois membros de um mesmo governo tomem assento juntos se o Conselho debate questões pertencentes à esfera de competência que lhes é comum”.

Segundo o Protocolo de Ouro Preto, o Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul, hierarquicamente inferior ao Conselho e sem independência em face

dos governos dos Estados Partes. Não se trata, portanto, de órgão correspondente à Comissão das Comunidades Europeias, que tem o encargo de garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum. Essa missão está erroneamente afeta ao Conselho, ao qual o Grupo propõe projetos de decisão. Desse modo, são os governos dos Estados Partes que exercem as funções, tanto deliberativas como executivas, de acordo com o princípio da intergovernabilidade só apropriado às organizações internacionais de cooperação.

O Mercosul teria conhecido dias melhores e avançado em direção à livre circulação, quer de bens, quer de pessoas, de serviços e de capitais, se contasse com um órgão independente e verdadeiramente executivo. Porém, os seus membros não gozam de independência, estão sujeitos às pressões dos interesses nacionais e não podem-se dedicar, salvo esporadicamente, ao exercício de suas funções internacionais.

Entre os quatro titulares do Grupo e os quatro suplentes por país, figuram obrigatoriamente representantes dos Ministérios das Relações Exteriores e da Economia ou equivalentes, órgãos cujos titulares compõem o Conselho. Os Bancos Centrais estão representados de modo também necessário. Nenhum membro do Grupo possui a independência necessária para garantir o funcionamento e o desenvolvimento do Mercosul.

A Comissão das Comunidades Europeias é o órgão-chave, o órgão-motor do mercado comum porque dispõe de poder de decisão próprio, assegurado pela escolha de seus membros em função da competência geral e independência. Por disposição do Tratado de Roma, os Estados membros ainda se comprometem a respeitar o princípio da total independência.

É óbvia a conclusão de que o Grupo não pode estar em posição inferior à do Conselho, ser coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores e não possuir independência, atributo indispensável ao exercício

da função executiva ou administrativa que lhe cumpre desempenhar.

O terceiro órgão da estrutura do Mercosul – a Comissão de Comércio – não tem razão de existir, nesse nível, pois compete ao Grupo velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção e dos acordos adicionais ou complementares, em relação a todas as matérias a que se aplicam. O Protocolo de Ouro Preto criou o novo órgão para assistir ao Grupo, mas o inseriu na estrutura do Mercosul, em pé de igualdade formal com os órgãos principais. A assistência que deve prestar ao Grupo indicava a qualificação de órgão subsidiário. No entanto, foi-lhe atribuído o poder de tomar decisões relacionadas com a administração e aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum, bem como de examinar reclamações dos Estados Partes e dos particulares dentro dos limites de sua competência.

Outros pontos reclamam revisão. O art. 17 do Protocolo relativo à estrutura orgânica do Mercosul dispõe incompletamente sobre a composição da Comissão de Comércio, limitando-se a fixar o número de titulares e suplentes por Estado Parte. Desse modo, os governos gozam de total liberdade para designar os seus representantes.

O Protocolo cita as Seções Nacionais da Comissão de Comércio como órgãos desta, incumbidos de apresentar-lhe reclamações “originadas pelos Estados Partes ou em demanda de particulares – pessoas físicas ou jurídicas – relacionadas com as situações previstas nos arts. 1 ou 25 do Protocolo de Brasília, quando estiverem em sua área de competência”.

O regimento interno da Comissão de Comércio estabelece que as Seções Nacionais são constituídas pelos representantes de cada Estado, sob a coordenação dos Ministérios das Relações Exteriores.

Comete-lhes uma tarefa que não consta de suas atribuições: responder as consultas apresentadas pelos Estados Partes por intermédio das suas respectivas Seções Nacionais.

Assim como o Grupo, a Comissão decide reclamações a que as Seções Nacionais dispensarem a proteção dos seus Estados, cumpridos os trâmites do art. 26 do Protocolo para a Solução de Controvérsia. Há casos em que as reclamações de particulares podem ter por objeto a sanção ou a aplicação de medidas legais ou administrativas adotadas pelos Estados Partes, que alegadamente tenham efeito restritivo, discriminatório ou ensejem concorrência desleal, violando o Tratado de Assunção, os acordos celebrados no seu âmbito ou as normas emanadas dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória. Ora, não pode competir às organizações internacionais a apreciação da compatibilidade das medidas legais ou administrativas dos Estados Partes com as disposições de um Tratado e de suas modificações, ou com as decisões dos órgãos deliberativos dessas entidades. Mesmo um tribunal de justiça, como o das Comunidades Européias, só garante o respeito do direito na interpretação e aplicação das normas dos Tratados constitutivos ou decide sobre a validade dos atos adotados pelas instituições comunitárias.

O controle da adequação das leis e das disposições administrativas internas aos tratados e normas derivadas é da competência intransferível dos órgãos do Poder Judiciário dos Estados, ademais de pressupor a primazia das normas internacionais convencionais, que está em tempo de ser admitida em grau supralegal, tanto em relação a normas anteriores como posteriores.

Esse controle precisa ceder lugar a outro, também supra-estatal, sobre a compatibilidade dos atos dos órgãos do Mercosul com o Tratado de Assunção e de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação.

A revisão do atual sistema de solução de controvérsia, antes mesmo do tempo previsto no art. 44 do Protocolo de Ouro Preto, seria a oportunidade de criar um órgão jurisdicional permanente na estrutura do Mercosul, com a função de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do

Tratado de Assunção, seus protocolos e instrumentos adicionais ou complementares, bem como a legalidade dos atos obrigatórios e de alcance geral aprovados pelos órgãos do Mercosul. A revisão da sua estrutura orgânica, prescrita pelo art. 47 do mencionado Protocolo, seria a oportunidade para ser adaptada a uma indiscutível organização de integração.

Os três órgãos com capacidade decisória que integram a estrutura do Mercosul precisam ser adequados ao objetivo do Tratado de Assunção. O mercado comum que os Estados Partes decidiram constituir é uma organização internacional, que adquiriu personalidade jurídica posteriormente, mas continuou sob o controle absoluto dos Estados Partes, por meio dos seus representantes no Conselho, no Grupo e na Comissão de Comércio. Os órgãos das entidades de integração devem atuar por estas, como partes que as constituem. O órgão de execução, em especial, deve velar, não só pelo funcionamento e o desenvolvimento, como pelo respeito da legalidade por parte dos Estados e dos particulares. Para esse fim, é necessário possuir autonomia e representar o interesse comum, e não o dos Estados membros. Contudo, os interesses destes devem estar representados no órgão que, na expressão utilizada por ISAAC (1990, p. 45), sendo a

“encarnação dos interesses nacionais, assegura a inserção no sistema comunitário dos Estados e dos seus governos, e toma para si a parte de leão”.

O Comitê de Representantes Permanentes, órgão de caráter diplomático, composto por um delegado por Estado membro, prepara as reuniões do Conselho e executa as tarefas que este determine. A professora SCHMITTER (1993, p. 181) assinala que,

“no fim de uma fase preparatória, apresenta o conjunto de pontos de vista, os acordos ou desacordos entre seus membros e uma proposição de compromisso. O trabalho do COREPER serve de base da negociação para os membros do Conselho”.

As reuniões do Conselho do Mercosul são coordenadas, em cada Estado Parte, pelos Ministérios das Relações Exteriores, quando seria preciso existir uma fase preparatória, que evitasse a improvisação e a reprodução de divergências no interior do órgão em que se manifestam legitimamente os interesses nacionais. Os trabalhos do Conselho deveriam ser constantemente dirigidos para a conciliação das divergências e o estabelecimento do mercado comum. Temos visto o contrário, por parte de membros do próprio Conselho, até mesmo a defesa da regressão do Mercosul à etapa de zona de livre comércio, que importaria na submissão da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai aos interesses mercantilistas patrocinados pelo governo norte-americano. No momento em que os governos dos Estados Partes do Mercosul o fizessem retroceder à etapa de zona de livre comércio e fizessem o Acordo ALCA, começaria a sua dissolução na área que atualmente abrange o México, o Canadá e os Estados Unidos. Dois processos de integração que tenham uma só natureza acabam não se distinguindo. A integração latino-americana se inviabilizaria e, no Brasil, a opção constitucional pela integração latino-americana seria convertida em letra morta.

Os órgãos decisórios do Mercosul influiriam sobre a evolução política interna dos seus Estados Partes se tivessem outra constituição e competências que lhes fossem progressivamente transferidas. O politólogo WESSELS (1993, p. 103) assinala que

“nenhum dos âmbitos tradicionais e mais modernos de atuação estatal encontra-se hoje em dia fora do campo de atividades da CE/União Europeia”.

O contrário se passa no Mercosul, porque os Estados Partes não transferiram competências aos órgãos decisórios para adotarem atos unilaterais que não pertencessem à ordem jurídica internacional. DUPUY (2000, p. 147) adverte que

“contrariamente às que constituem a ordem jurídica interna de um Estado, as normas próprias da organização, em si mesmas são regras de direito internacional”.

Por isso, estão sujeitas a incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais. Com respeito ao Brasil, essas normas podem ser modificadas ou revogadas pelo Congresso Nacional.

A precariedade da construção do Mercosul, mostrada pelo impasse a que foi levado, só pode desaparecer com a reforma drástica da sua estrutura orgânica para ser adaptada a uma organização de integração.

Para o funcionamento de uma zona de livre comércio bastariam os dois órgãos de administração e execução do Tratado de Assunção. A realização do Mercado Comum exige um sistema organizacional próprio e independente: o órgão com poder de decisão composto por representantes dos governos dos Estados Partes e o órgão com poder de iniciativa e de execução, por personalidades escolhidas de comum acordo em função da aptidão para o exercício das suas funções e da independência. Requer que a função consultiva da Comissão Parlamentar Conjunta tenha caráter obrigatório na elaboração dos atos normativos, bem como a do Foro Consultivo Econômico-Social nos assuntos que digam respeito à vida econômica e social dos setores nele representados. Não pode prescindir de um órgão jurisdicional próprio, autônomo e permanente, que garanta o respeito do direito na atividade ou inércia dos órgãos do Mercosul, vele pela interpretação uniforme do Tratado de Assunção, suas modificações e normas derivadas e controle a validade destas.

A reforma deve imprimir cunho democrático nos órgãos do Mercosul, e criar mais um, igualmente independente, com função consultiva obrigatória nos assuntos de interesse das coletividades provinciais ou estaduais e locais, que escolheriam os seus representantes.

2. Nova tentativa de explicação

A estrutura do Mercosul compõe-se de seis órgãos: três dotados de capacidade decisória (o Conselho, o Grupo e a Comissão de Comércio) e de competências, cada um, relativas à condução política do processo de sua constituição, à execução das decisões tomadas para esse fim e à aplicação dos instrumentos de política comercial comum. Nenhum deles representa o interesse que deveria sobrepor-se ao dos Estados Partes. Para que isso acontecesse, o Grupo teria que ser constituído por membros escolhidos de comum acordo pelos Estados Partes, em função das qualidades exigidas para a defesa do interesse geral do Mercosul, notadamente a condição de independente.

O Conselho é integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e, indevidamente, pelos Ministros da Economia ou seus equivalentes dos Estados Partes; o Grupo, por representantes desses Ministérios e dos Bancos Centrais; e a Comissão de Comércio, por membros designados pelos governos dos Estados Partes.

Em suma, os Ministros das Relações Exteriores e os Ministros da Economia ou seus equivalentes dos Estados Partes compartilham as competências deliberativas e executivas dentro do Mercosul, diretamente ou por meio de outros membros de menor hierarquia.

Nenhum dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória possui autonomia em relação aos governos dos Estados Partes, e os Ministros que constituem o Conselho detêm o controle indireto do Grupo, investido de funções executivas, e da Comissão, encarregada de lhe prestar assistência, bem como tomar decisões relacionadas com a administração e a aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum.

O Mercosul é um ente personificado, com duração indefinida, atribuições próprias e capacidade de representação internacional. Contudo, a sua estrutura orgânica não cor-

responde à natureza de uma organização de integração.

As competências das organizações internacionais de integração são as que lhes transferem os Estados membros, isto é, os poderes jurídicos necessários para realizarem os fins enunciados no tratado constitutivo e suas modificações.

ESPADA (1995, p. 175) ensina que

“as competências de uma Organização Internacional vêm a ser, em suma, os meios jurídicos de que esta dispõe para levar a cabo as atividades necessárias ao cumprimento de suas funções.

Competências que são diversas em sua forma, natureza, objeto, ordenamento jurídico em que são exercidas, eficácia... Contudo as competências de toda OI têm duas características:

– Estão destinadas à satisfação dos interesses comuns dos Estados membros, através do desenvolvimento (de) uma atividade própria do ‘ente’. Por conseguinte, trata-se de competências da Organização, não dos membros individuais que a compõem.

– São conferidas à Organização para o cumprimento de seus fins e o desenvolvimento das funções que lhe foram atribuídas pelos Estados membros no tratado constitutivo”.

A decisão de constituir um mercado comum tomada pelos Estados Partes do Tratado de Assunção presume o desenvolvimento da atividade necessária para abolir os obstáculos à livre circulação dos bens, serviços e fatores produtivos, e a criação de normas para o exercício das quatro liberdades pelos respectivos beneficiários. A supressão dos entraves incumbe aos Estados que os erigiram em suas leis, decretos e atos administrativos. As normas sobre o exercício das quatro liberdades podem ser estabelecidas pelos Estados membros, mediante acordos internacionais, ou pela própria organização de integração.

Para adotar normas, a organização internacional necessita receber competência dos Estados membros, cuja atribuição conste do tratado constitutivo ou de suas alterações.

As normas adotadas por uma organização internacional não são, pela origem, normas dos Estados membros. Desse modo, a aplicação delas em todos os Estados membros requer a aplicabilidade direta pelos juízes e outros operadores do direito, ou a prévia introdução nos ordenamentos jurídicos nacionais.

A aplicabilidade direta não é atributo exclusivo das normas aprovadas pelas organizações de integração. As cláusulas dos tratados internacionais suficientemente precisas para serem aplicadas são auto-executáveis.

O Protocolo de Ouro Preto optou pela recepção das normas emanadas dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória na ordem interna dos Estados Partes. Em países como o Brasil, o ato de recepção compete ao Congresso Nacional. A construção de um mercado comum não comporta esse formalismo por acarretar os riscos da demora e da desaprovação. Outro fator de insegurança é a hierarquia das normas do Mercosul nos ordenamentos dos Estados Partes. A hierarquia está sujeita a variações, e nos países em que são equivalentes às leis podem ser revogadas ou alteradas.

A supranacionalidade, que o Mercosul não possui, em vez de diminuir, aumenta o protagonismo dos Estados nas relações internacionais.

É verdadeira a observação feita por REUTER (1981, p. 137) de que

“as organizações internacionais não se deixam destacar dos Estados senão parcialmente”.

Porém, quando se trata de organização de integração, a separação deve ser suficientemente visível na personalidade jurídica, na estrutura institucional e na produção de atos de caráter obrigatório e alcance geral diretamente aplicáveis nos Estados membros. Esses atos, comparáveis às leis nacio-

nais, não podem deixar de ser superiores a estas, nem tampouco depender de qualquer medida de recepção pelos Estados membros (aplicabilidade direta). Por outro lado, têm de ser suscetíveis de criar direitos e obrigações em favor das pessoas (efeito direto) e o seu corpo distinguir-se dos ordenamentos nacionais.

Os Estados que instituem uma organização internacional conservam íntegra a soberania, pois esta não a possui. Os Estados somente perdem as competências que transferem para a organização de integração, quer pelo tratado constitutivo, quer pelos posteriores. São competências necessárias ao funcionamento da organização, e intangíveis.

Dado que o estabelecimento de um mercado comum é tarefa de integração, não de cooperação, só pode caber a órgãos que concentrem suas ações na realização desse objetivo. Por sua própria natureza, a atividade tem de estar referida, permanentemente, às funções que os tratados atribuem a cada órgão nos domínios da legislação, da execução e da jurisdição.

Ao regular a função executiva, o Protocolo de Ouro Preto sobrepõe o Conselho ao Grupo e à Comissão de Comércio, de modo que os Ministros das Relações Exteriores e os Ministros da Economia ou seus equivalentes controlem consensualmente o funcionamento do Mercosul.

Os atos adotados sob a forma de decisões, resoluções e diretrizes têm origem no poder de decisão do Conselho, do Grupo e da Comissão de Comércio. Os dois últimos carecem de independência, e a presença no Conselho dos Ministros da Economia ou seus equivalentes não condiz com a natureza das competências e funções do “órgão superior do Mercosul, ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção para lograr a constituição final do mercado comum”.

A vontade que os três órgãos expressam em suas áreas de competência imputa-se ao

ente internacional, porém se confunde com a dos Estados Partes.

Os atos normativos da Comunidade Europeia, cujos destinatários são os Estados Partes ou seus cidadãos, dispensam o procedimento de recepção e transposição para produzir efeitos na ordem interna de cada um deles. Os atos comunitários do Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, ou do Conselho e da Comissão, são diretamente aplicáveis em todos os Estados membros e ocupam uma posição mais elevada que a das leis internas. Não poderia ser diferente porque a organização de integração é um ente supra-estatal. Por essa razão, em vez de interestatal ou intergovernamental, a sua estrutura precisa ser constituída por órgãos integrados, com exceção do Conselho.

COMBACAU e SUR (1995, p. 745) distinguem do seguinte modo essas categorias de órgãos:

“a) Os *órgãos interestatais* são constituídos por representantes dos Estados membros. Expressam juridicamente a vontade da organização, mas politicamente as posições coletivas dos membros. Seu caráter preponderante permite que os Estados controlem a organização. Porém, raramente são exclusivos, e a autonomia do sistema se concretiza pela existência paralela de órgãos integrados.

b) Os *órgãos integrados* são os compostos por agentes da organização. No exercício de suas funções, só dependem da própria organização, por conta da qual agem. Devem manter total independência no que concerne aos Estados membros. Entretanto, na maior parte das vezes são designados pelos órgãos interestatais, que dispõem de algum controle inicial sobre o órgão integrado, mesmo que funcionalmente deva permanecer independente”.

As organizações de cooperação coordenam determinadas ações de interesse co-

mun dos Estados. Por isso, acordam entre si exercê-las em comum, no seio da organização. Para esse fim, atribuem-lhe competências de caráter estritamente funcional, de par com recursos humanos e materiais.

O Mercosul foi criado com a finalidade de tornar em um só os quatro mercados nacionais no qual os bens, os serviços e fatores produtivos circulem livremente. O estabelecimento do mercado comum não é uma tarefa de cooperação, mas de integração econômica.

A exigência de autonomia dos órgãos dos entes de integração decorre do objetivo de constituir um espaço territorial mais amplo que a superfície terrestre dos Estados membros, onde são suprimidos os obstáculos criados para proteger os mercados nacionais, como os direitos aduaneiros de importação e os encargos de efeito equivalente aplicados aos produtos dos outros Estados membros, a discriminação entre os seus trabalhadores e as restrições impostas, quer à livre prestação de serviços, quer aos movimentos de capitais das pessoas residentes em suas bases geográficas.

Antes de entrar em vigor o Protocolo de Ouro Preto, o Conselho do Mercado Comum e o Grupo Mercado Comum eram órgãos da administração e execução do Tratado para a constituição do Mercosul e, conseqüentemente, órgãos comuns aos Estados Partes. Passaram a ser órgãos pertencentes à estrutura do Mercosul quando este adquiriu personalidade jurídica. Porém, continuaram funcionando como se o Mercosul não fosse uma organização de integração, que tem necessidade irrecusável de poder de decisão próprio em face dos Estados Partes.

O poder de decisão continua concentrado nos Ministros das Relações Exteriores e nos Ministros da Economia ou equivalentes dos Estados Partes. Além da concentração de poder, é injustificável a presença dos Ministros da Economia ou seus equivalentes no Conselho, bem como dos representantes das suas pastas e dos Bancos Centrais no Grupo. Essa participação no órgão dotado de com-

petência normativa geral e política espelha a hipertrofia de tais Ministérios.

A Comissão de Comércio talvez pudesse ser mantida como órgão subsidiário, cujos membros exercessem as suas funções com independência, no interesse geral do Mercosul.

A respeito dos outros três órgãos, cabem observações sobre a composição de cada um, o papel inadequado que desempenham e a própria inserção de um deles na estrutura do Mercosul.

A Comissão Parlamentar Conjunta faz parte da estrutura do Mercosul como órgão representativo dos Parlamentos dos Estados Partes. Em qualquer espécie de representação, a atividade é exercida exclusivamente no interesse do representado. Atuando em representação dos Parlamentos, a Comissão não tem, em rigor, natureza de órgão da estrutura do Mercosul por agir no interesse dos Congressos Nacionais.

Apesar disso, o Protocolo confere encargos de colaboração à Comissão, quais sejam:

a) procurar acelerar os procedimentos necessários para a incorporação das normas emanadas dos órgãos do Mercosul com capacidade decisória aos ordenamentos jurídicos nacionais;

b) coadjuvar na harmonização das legislações dos Estados Partes, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração;

c) examinar temas prioritários por solicitação do Conselho do Mercado Comum;

d) encaminhar recomendações ao Conselho, por intermédio do Grupo.

Como órgão de uma pessoa jurídica de direito internacional, distinta dos Estados Partes, o Mercosul não poderia ter qualquer espécie de interferência, ainda que benéfica, nos procedimentos parlamentares de aprovação de atos normativos.

O fato de não poder enviar recomendações diretamente ao Conselho inferioriza a posição da Comissão na estrutura interna do Mercosul. A interposição do Grupo no

encaminhamento das recomendações desequilibra a posição da Comissão na estrutura organizacional do Mercosul. É necessário que tenha um órgão democrático em que os cidadãos estejam representados e participe na elaboração dos atos normativos, como ocorreu na Comunidade Européia até a eleição por sufrágio universal e direto dos representantes ao Parlamento Europeu.

É compreensível que, no início, seja composto por delegados designados pelos Parlamentos nacionais, entre os seus membros, a exemplo do que se passou na Comunidade Européia.

O Parlamento Europeu, no momento presente, está composto de representantes dos povos dos Estados reunidos na Comunidade, eleitos em cada um deles, e não mais designados pelos Parlamentos. Exerce competências ainda muito escassas, que vêm sendo ampliadas, quantitativa e qualitativamente, nas sucessivas fases do processo de integração européia.

O Protocolo de Ouro Preto conceitua o Foro Consultivo Econômico-Social como órgão da estrutura do Mercosul, representativo dos setores econômicos e sociais. É composto pelas Seções Nacionais, e estas definem os setores de maior representatividade e de âmbito nacional que as constituem. As entidades dos trabalhadores e empresários participam paritariamente das reuniões do Plenário do Foro por meio de seus delegados titulares e suplentes, que podem destituir a qualquer tempo.

O Foro é órgão consultivo, e se manifesta por meio de recomendações ao Grupo Mercado Comum, enquanto as da Comissão Parlamentar são dirigidas ao Conselho.

A homologação por esse órgão do regimento interno do Foro acentua a posição de inferioridade que ocupa na estrutura do Mercosul, maior do que a da Comissão Parlamentar, pois o Regimento Interno desta não está sujeito à homologação.

O Protocolo toma como modelo do Foro o Comitê Econômico e Social da Comunidade Européia, composto por representantes

dos diferentes setores da vida econômica e social, designadamente dos produtores, agricultores, transportadores, trabalhadores, comerciantes e artesãos, assim como das profissões liberais e do interesse geral.

Cada Estado membro envia ao Conselho da Comunidade uma lista contendo um número de candidatos dobrado em relação ao de lugares atribuídos aos seus nacionais. O Conselho tem duas limitações para nomear os membros do Comitê, devendo:

a) ter em consideração a necessidade de assegurar uma representação adequada aos diferentes setores da vida econômica e social;

b) consultar a Comissão.

Nomeados por um período de quatro anos, os membros do Comitê são reconduzíveis nas suas funções.

A Comissão pode obter o parecer das organizações europeias representativas dos diferentes setores econômicos e sociais interessados nas atividades da Comunidade quando constitui o Comitê.

Os membros do Comitê não representam os Estados que os indicam e devem defender o interesse geral, a despeito da vinculação com uma categoria econômica ou social. Devem exercer as suas funções com plena independência, no interesse geral da Comunidade. A independência dos membros do Comitê é protegida pelo mandato com prazo de duração. A nomeação deles é feita pela instituição da Comunidade que reúne o poder político e o poder legislativo, bem como assegura a ligação entre a atividade da organização e a dos Estados membros.

O Comitê deve ser consultado obrigatoriamente nos casos previstos no Tratado de Roma. O Conselho e a Comissão podem ouvi-lo fora desses casos, sempre que julgarem conveniente. Por sua vez, o Comitê tem competência para emitir parecer por iniciativa própria.

A estrutura interna da Comunidade Europeia compõe-se de cinco instituições encarregadas de realizar as suas tarefas, nomeadamente a criação de um mercado co-

mun. Duas de natureza consultiva (o Conselho e a Comissão) são assistidas pelo Comitê econômico e social.

O Foro Consultivo consta da estrutura do Mercosul entre os seus órgãos principais. Não goza do grau de independência do Comitê Econômico e Social.

A Secretaria Administrativa do Mercosul é o órgão de apoio operacional e presta assistência a todos os outros. O Diretor da Secretaria é escolhido pelo Grupo Mercado Comum e nomeado pelo Conselho, por dois anos, vedada a reeleição. A Secretaria foi criada para auxiliar o Grupo. O Protocolo de Ouro Preto inseriu-a na estrutura do Mercosul, apesar das características de órgão auxiliar, e ampliou as suas funções.

Uma das características da estrutura institucional da Comunidade Europeia é o equilíbrio entre as suas instituições. O Conselho representa e defende os interesses dos Estados membros e a Comissão, o interesse geral, e garante o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum.

Em todos os órgãos do Mercosul com capacidade decisória, os Ministros, representantes de Ministérios e de Bancos Centrais, bem como outras autoridades designadas pelos governos, representam e defendem os interesses dos Estados Partes. O poder de decisão atribuído ao Conselho, e, minimamente, ao Grupo e à Comissão de Comércio, pertence aos Estados Partes, porque exercido pelos seus representantes. As decisões podem ser tomadas sem obrigação de pedir o parecer dos órgãos consultivos.

O Mercosul resiste à incoerência e imperfeição da sua estrutura orgânica porque os povos da Bacia do Prata querem a integração e preservação de sua identidade.

3. Saída para o impasse: a reforma da estrutura orgânica

O processo de constituição do Mercosul pode ser dividido em duas fases: a primeira começa em 29 de novembro de 1991, com a entrada em vigor do Tratado para a sua cons-

tuição, e termina em 15 de dezembro de 1995, data em que entrou em vigor o Protocolo Adicional sobre a estrutura institucional do mercado comum.

Na primeira etapa de funcionamento, o Mercosul não tinha personalidade jurídica, e a estrutura interna era composta pelo Conselho do Mercado Comum e pelo Grupo Mercado Comum, encarregados da administração e execução do Tratado de Assunção, dos acordos correlatos e das decisões desses órgãos. Integravam o Conselho os Ministros das Relações Exteriores e os Ministros da Economia dos Estados Partes e o Grupo, representantes desses Ministérios, bem como dos Bancos Centrais.

O Protocolo de Ouro Preto dotou o Mercosul de personalidade jurídica de direito internacional e implantou sua estrutura orgânica. O Conselho e o Grupo conservaram a mesma denominação e composição. O Protocolo criou o terceiro órgão com capacidade decisória, igualmente de caráter intergovernamental: a Comissão de Comércio do Mercosul. Completam a estrutura orgânica três órgãos: a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa do Mercosul. São órgãos auxiliares, de caráter consultivo, que, a despeito disso, integram a estrutura do Mercosul, juntamente com os órgãos principais.

A Comissão Parlamentar Conjunta constava do Tratado de Assunção, assim como a Secretaria Administrativa, esta como órgão com função de apoio ao Grupo Mercado Comum. Órgão realmente novo é o Foro Econômico-Social, que se inspira no Comitê Econômico e Social da Comunidade Europeia, porém se molda ao centralismo que oprime o funcionamento do Mercosul.

Fica cada vez mais evidente a falta de ajustamento dos órgãos do Mercosul às funções de uma organização internacional. Assinala-se apenas o fato de que a vontade dos órgãos investidos de poder de decisão traduz mormente a vontade comum dos Ministros das Relações Exteriores, dos Mi-

nistros da Economia ou seus equivalentes dos Estados Partes, dos representantes dos Bancos Centrais e servidores públicos. Os Ministros das Relações Exteriores e da Economia ou seus equivalentes são os únicos que invariavelmente compõem o Conselho, qualquer que seja a ordem do dia das reuniões. No Grupo, três dos quatro membros titulares, por país, são representantes daqueles Ministérios e dos Bancos Centrais e, por conseguinte, subordinados ou dependentes dos respectivos Ministros ou dirigentes. O quarto membro pode ser designado, em cada país, entre servidores de outros Ministérios ou terceiras pessoas. Os representantes dos Bancos Centrais, ainda que não tenham vinculação funcional com esses organismos, ficam sujeitos às instruções de suas cúpulas.

Quando se trata de organização de integração, a separação entre esta e os Estados-membros deve ser suficientemente acentuada, quer pela personalidade jurídica, quer pela produção de atos de caráter obrigatório e alcance geral, que se imponham aos Estados membros e aos particulares. Esses atos, comparáveis com as leis nacionais, mas superiores a estas, devem prescindir de qualquer medida de recepção pelos Estados membros (aplicabilidade direta), ser suscetíveis de criar direitos e obrigações em favor das pessoas (efeito direto) e o corpo de normas jurídicas distinguir-se dos ordenamentos nacionais.

Nenhuma organização internacional é soberana, no sentido em que o são os Estados; por isso, quando as instituem, conservam a soberania em toda a sua integridade.

É necessário existir alguma forma de diferenciação entre as organizações internacionais e os Estados membros, como a vontade própria ou autônoma da organização, relativamente ao cumprimento dos seus objetivos. Embora as decisões do órgão encarregado de formar a vontade da organização se imputem a esta, não se pode reconhecê-la como própria da organização quando tomada em oposição à realização dos objetivos

visados com sua criação. Não será vontade distinta da vontade dos Estados membros, mas destes.

Os atos das organizações de integração precisam estar sujeitos a um controle de tipo jurisdicional. O Conselho e o Grupo têm a seu cargo a função de velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, dos protocolos e dos acordos firmados no seu âmbito e a Comissão de Comércio, pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intramercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos mercantis. Entretanto, os atos desses órgãos deliberativos estão subtraídos a qualquer controle de legalidade.

O Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias aplica-se aos diferendos que surgirem entre os Estados Partes a respeito da aplicação e do não cumprimento das disposições do Tratado de Assunção, acordos celebrados no seu âmbito e atos dos órgãos com capacidade decisória. Os laudos dos Tribunais Arbitrais são obrigatórios para os Estados Partes. Contudo, o não cumprimento justifica unicamente a adoção de medidas compensatórias temporárias, como forma de pressão econômica para a execução dos laudos.

RIDRUEJO (1994, p. 704) assinala os dois elementos que as diferenciam:

“a) a posse de um sistema permanente de órgãos que assegure a continuidade da organização e afirme sua independência em face dos Estados membros;

b) a possibilidade que devem ter esses órgãos de manifestar uma vontade distinta da dos membros, através de processos específicos de adoção de decisões”.

O Mercosul não possui supranacionalidade, que, em vez de diminuir, aumentaria o protagonismo dos Estados Partes. A estrutura orgânica constante do Protocolo de Ouro Preto é intergovernamental. Os Estados Partes negaram-se não só a transferir para o Mercosul parcelas de suas compe-

tências, como subordinaram o interesse geral deste ao dos Estados Partes.

Os Ministros das Relações Exteriores e os Ministros da Economia ou seus equivalentes dos Estados Partes mantêm o controle do Mercosul, mediante a composição e o funcionamento do Grupo e da Comissão de Comércio.

Com referência aos outros órgãos, dois têm função consultiva e um presta apoio operacional aos restantes. Sem embargo, os órgãos que dispõem de poder de decisão não precisam ouvir a Comissão Parlamentar Conjunta para elaborar normas sujeitas, de resto, à aprovação do Poder Legislativo dos Estados Partes para se incorporarem aos seus ordenamentos jurídicos. Também não precisam solicitar parecer do Foro Consultivo Econômico-Social, mesmo para aprovar normas suscetíveis de afetar os principais setores da vida econômica e social.

A estrutura orgânica do Mercosul precisa ser reformada. Sendo uma organização de integração, os interesses dos Estados membros e os interesses gerais do Mercosul não podem confundir-se. Para que a separação de interesses seja efetiva, o Conselho deve constituir-se por membros dos governos dos Estados Partes que os representem e defendam os interesses nacionais nas deliberações do órgão revestido de poder máximo de decisão. O Grupo deve tornar-se independente dos Estados Partes e dos outros órgãos, protegido contra a preponderância dos interesses nacionais e privados. O Conselho deve garantir a realização dos objetivos do Tratado de Assunção, e o Grupo, tornado independente dos Estados Partes, dos outros órgãos e dos interesses nacionais, assegurar o funcionamento e o desenvolvimento do Mercosul, bem como dispor do direito de iniciativa dos atos de competência do Conselho.

A doutrina da Comunidade Européia explica que o poder de iniciativa acautela a representação dos interesses gerais e constitui um contrapeso ao poder normativo do Conselho. Como escrevem MANGAS MARTÍN e NOGUERAS, (1996, p. 117),

“o direito de iniciativa revela que se confiou à Comissão a concepção e a preparação da política comunitária, e que lhe corresponde, quase de modo exclusivo, preparar os projetos normativos, aplicando na concepção das decisões uma visão de conjunto inspirada no interesse comunitário; por consequência assume o papel de ‘motor’ da Comunidade.

Isto significa que o Conselho não pode agir por sua conta, por sua própria iniciativa ou a pedido de um Estado membro ou contra a vontade da Comissão e, agora, tampouco do Parlamento Europeu”.

No órgão integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministros da Economia ou seus equivalentes dos Estados Partes – o Conselho -, estão presentes os interesses nacionais de cada um deles, quando não o de terceiro país, empenhado em desfazer a crescente união entre os povos latino-americanos. Na representação e defesa desses interesses, os membros do Conselho podem encontrar soluções conjuntas para problemas específicos. Não se imagine, entretanto, que tenham condições para conduzir politicamente o processo de integração, na qualidade de representantes e defensores dos interesses nacionais dos seus respectivos Estados.

Os membros do Conselho da Comunidade Européia estão na mesma condição. Porém, o órgão de natureza executiva – a Comissão – goza de poder de decisão próprio e autônomo, rigorosamente delimitado nos tratados.

A estrutura dos poderes do Mercosul caracteriza-se pela inexistência de separação orgânica. O poder de decisão pertence a três órgãos de que participam os Estados Partes, representados por autoridades que defendem os interesses destes. A diferença reside na hierarquia de tais representantes, e não nas matérias, não bem especificadas, em que podem tomar decisões. O Grupo é o órgão executivo do Mercosul e tem compe-

tência para propor projetos de decisão ao órgão superior do Mercosul, cumprir suas decisões e adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações do Conselho, entre outras atribuições de natureza administrativa.

A competência da Comissão de Comércio supera a do Grupo, a despeito de ser órgão auxiliar deste. O Grupo pode tomar decisões em matéria financeira e orçamentária, sob a orientação do Conselho, ao passo que a Comissão de Comércio tem competência para aprovar diretrizes concernentes à administração e aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial acordados pelos Estados Partes.

Além de centro do poder de decisão na estrutura orgânica do Mercosul, o Conselho está colocado sobre o Grupo e a Comissão de Comércio, cujos atos podem ser controlados pelos Ministros a que estão subordinados ou vinculados os membros desses órgãos.

A composição do Conselho, do Grupo e da Comissão de Comércio determina a convergência das decisões para os Ministros das Relações Exteriores e os Ministros da Economia ou seus equivalentes dos Estados Partes. Isso choca com a idéia de que uma organização internacional é distinta dos Estados membros, e estes não podem controlá-la, mediante órgãos compostos, todos eles, por Ministros, representantes de Ministérios e de Bancos Centrais e outros servidores da administração pública dos Estados membros.

Mais que as outras entidades internacionais, as organizações de integração precisam contar com um só órgão constituído por representantes dos Estados membros. Os membros dos outros órgãos devem ser pessoas escolhidas de comum acordo pelos governos dos Estados membros, em função da sua aptidão para o cargo e segurança quanto à independência no exercício.

Por outro lado, a integração projetada pelo Tratado de Assunção não visa exclusivamente ao aumento do comércio entre os

Estados Partes: a realização de um mercado comum é o primeiro objetivo do Tratado, como o do que institui a Comunidade Européia, e consiste em construir um espaço sem fronteiras tarifárias internas, protegido por uma tarifa externa comum, no qual as mercadorias, as pessoas, os serviços e os capitais circulem livremente.

A missão do Mercosul é completar essa tarefa prodigiosa, que se deteve na eliminação dos direitos aduaneiros, determinadas medidas de efeito equivalente e restrições aplicadas ao comércio entre os Estados Partes, e na adoção parcial da tarifa externa comum.

O crescimento do Mercosul exige profunda reforma da sua estrutura orgânica, que mantenha o Conselho como órgão deliberativo, mas integrado por representantes dos Estados membros, ordinariamente os Ministros das Relações Exteriores. Em cada reunião, poderia variar a composição, de acordo com a ordem do dia. Nas deliberações sobre agricultura, educação ou saúde, por exemplo, compareceriam os respectivos Ministros. A visão política geral do processo de integração pertenceria sempre e exclusivamente aos Ministros das Relações Exteriores.

Tratando-se de órgão não permanente, é indispensável que os trabalhos do Conselho sejam preparados por um órgão auxiliar permanente, constituído por representantes diplomáticos dos Estados membros. É ineficiente a coordenação, mesmo conjunta, das reuniões do Conselho pelos Ministérios das Relações Exteriores, como prescreve o art. 7º do Protocolo de Ouro Preto.

O funcionamento permanente de um órgão encarregado de examinar os assuntos inscritos na ordem do dia, preparar as reuniões do Conselho e facilitar a adoção de decisões teria a vantagem adicional, apontada por GARCÍA (1994, p. 62), de suprir a necessidade de associar os governos dos Estados membros, de uma forma contínua, aos trabalhos do Mercado Comum.

É imperioso que o Grupo Mercado Comum seja órgão permanente, composto por

pessoas escolhidas pelos Estados membros em razão de sua competência e independência. Diferentemente do Conselho, que representa os interesses dos Estados membros no âmbito da integração, a Comissão deve promover o que convenha ao bom funcionamento do Mercosul. Por essa razão, os membros do Grupo não podem estar vinculados aos governos dos Estados Partes.

O Tratado de Assunção descreve o Mercosul como organização internacional do tipo da Comunidade Européia, ou seja, organização de integração econômica, criada para unificar os mercados nacionais dos Estados membros. A construção de um só mercado pressupõe a existência de órgãos dotados de competências nitidamente distintas, que realizem esse objetivo. O estabelecimento de um mercado comum só progredirá mediante decisões de que participem instâncias supranacionais.

A falta de um órgão jurisdicional na estrutura orgânica do Mercosul é coerente com a determinação de instituir uma organização de integração, personificada, com os instrumentos da cooperação intergovernamental, sob a tutela dos governos dos Estados Partes. Entretanto, constitui a maior causa da acumulação de problemas que as negociações diplomáticas não têm sido capazes de resolver.

O sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Brasília não contribui para o desenvolvimento do processo de integração porque não garante a aplicação e a interpretação uniforme das normas pertinentes, não controla a legalidade dos atos imputados ao Mercosul, não sanciona as violações cometidas pelos Estados Partes, não tutela os direitos derivados das normas dos órgãos com capacidade decisória.

Outro órgão que, apesar de necessário, não faz parte da estrutura orgânica do Mercosul é o que representaria os poderes regionais e locais, totalmente alijados do processo de integração. SALGADO (1996, p. 22) utiliza o termo participação com o significado de

“capacidade de intervir, pesar e influir nos processos de tomada de decisões. Desta maneira, a participação converte-se em competência, entendida como poder político, para incidir, precisamente, nas relações políticas, para tomar parte nos processos decisórios e, se for o caso, para responsabilizar-se ou co-responsabilizar-se na aplicação dos mesmos. Falamos, pois, de participação e de competência europeia das Regiões, o que significa a implicação direta das Regiões na estruturação, no funcionamento da União Europeia, assim como sua participação na formação da vontade comunitária”.

Transcorridos mais de trinta e um anos da assinatura do Tratado que institui a Comunidade Europeia, a Comissão decidiu criar o Conselho Consultivo das Comunidades Regionais e Locais. Segundo escrevem MANGAS MARTÍN e NOGARES na obra já citada (1996, p. 248, nota 9),

“sua natureza não era distinta da do milhar de comitês e grupos de trabalho que auxiliam a Comissão em seu trabalho de iniciativa e de execução. Além de assessorar unicamente a Comissão, carecia de representatividade político-territorial, já que eram propostos por federações ou associações transeuropeias, e sua função consultiva limitava-se à política regional, e a expressão de sua opinião dependia da petição da Comissão”.

Mais de três anos após, o Tratado de Maastricht institucionalizou o Comitê das Regiões, com natureza consultiva, integrado por representantes das coletividades regionais e locais, nomeados pelo Conselho, por um período de quatro anos, mediante proposta dos respectivos Estados membros, e reconduzíveis por igual período.

A função do Comitê é assistir o Conselho e a Comissão na tomada de decisões. Esses dois órgãos devem consultá-lo nos casos previstos no Tratado e em todos os outros em que acharem oportuno.

O Comitê representa as coletividades regionais e locais. CONSTANTINESCO, KOVAR e SIMON (1995, p. 686) indagam por que a alínea 1 do art. 198-A denomina esse organismo Comitê das Regiões, quando representa o conjunto das coletividades infra-estatais? Teriam os redatores do Tratado a intenção de sublinhar a vocação regional do Comitê? Respondem dizendo que

“o precedente do Conselho Consultivo das Coletividades Regionais e Locais foi, entretanto, rico em ensinamentos a esse respeito! Esta denominação enganosa deve, apesar de tudo, assegurar a representação das coletividades intermediárias e dos municípios”.

Os citados autores explicam que as incoerências e insuficiências das disposições do Tratado originam-se da diversidade das estruturas territoriais dos Estados membros.

“Se é certo que todos os níveis de coletividades infra-estatais devem estar representados no Comitê das Regiões, duas interrogações subsistem a respeito da qualidade dos representantes e da ventilação do seu nome entre as diversas coletividades no interior dos Estados.

Em determinados países membros da Comunidade, a Região inexistente, ou então constitui somente uma circunscrição administrativa do Estado”.

MANGAS MARTÍN e NOGARES (1996, p. 249) referem-se ao fato de que

“nem todos os Estados membros têm a mesma organização político-administrativa; alguns carecem de divisão regional ou, se existem, as regiões administrativas não são comparáveis às regiões dos Estados federais ou semi-federais, como a Alemanha, a Bélgica, a Espanha ou a Itália. É preciso reconhecer que o CR tem uma composição heterogênea, no que respeita às próprias regiões; além disso, tem que debater e alcançar o consenso das suas opiniões com a dos Municípios”.

Por fim, salientam que essa heterogeneidade e dualidade do Comitê das Regiões trouxe consigo certa tensão, e quiçá não seja plenamente adequada a coabitação das regiões e municípios no mesmo foro.

Não se propõe uma cópia servil da estrutura institucional da Comunidade Europeia, mas que seja tomada como modelo da reforma que possa tirar o Mercosul do impasse em que foi precipitado.

Há duas objeções previsíveis à reestruturação do Mercosul sobre as quais devemos estar prevenidos: uma procura confundir adaptação de um modelo e cópia pura e simples; a outra exagera o custo do funcionamento de órgãos permanentes, principais ou acessórios, como se não houvesse mínimo e máximo.

A perda de oportunidade de maior crescimento no Mercosul devido aos conflitos insolucionáveis pela via da arbitragem “*ad hoc*” supera a soma dos gastos que um órgão jurisdicional permanente acarretaria, se criado com preocupação de austeridade e dotação estritamente necessária de pessoal.

A precariedade da construção do Mercosul, mostrada pelo impasse a que chegou, somente desaparecerá com a revisão drástica da sua estrutura orgânica.

Os governantes e todos os que se opõem ou protelam a institucionalização do Mercosul deveriam pensar na responsabilidade que assumem ao dificultar a transformação de uma parte do continente latino-americano numa zona de prosperidade e de bem-estar social.

Bibliografia

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Derecho comunitário: Sistema Constitucional y Administrativo de la Co-*

munidad Europea. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CARREAU, Dominique, *Droit International*. 4. ed. Paris: Pedone, 1994.

COMBACAU, Jean; SUR, Serje. *Droit international public*. 2. ed. Paris: Montchestien, 1995.

CONSTANTINESCO, Vlad; KOVAR, Robert; SIMON, Denys (dir.). *Traité sur l'Union Européenne*. Paris: Economica, 1995.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesário. *Derecho internacional público*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ISAAC, Guy. *Droit communautaire générale*. 3. ed. Paris: Masson, 1990.

MANGAS MARTÍN, LIÑÁN Araceli; NOGUERAS, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

PHILIP, Christian. Conseil des ministres des Communautés européennes. In: BARAVE, Ami; PHILIP, Christian. *Dictionnaire Juridique des Communautés Européennes*. Paris: Universitaires de France, 1993.

REUTER, Paul. *Direito internacional público*. Lisboa: Presença, 1981.

ROJO SALGADO, Argimiro. *La exigencia de participación regional en la Unión Europea: de la regionalización estatal a la regionalización comunitaria*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

SCHMITTER, Catherine. Comité des représentants permanents (COREPER), do Dictionnaire Juridique des Communautés Européennes. In: BARAVE, Ami; PHILIP Christian. *Dictionnaire Juridique des Communautés Européennes*. Paris: Universitaires de France, 1993.

WESSELS, Wolfgang. Evolución de la Comunidad Europea: Unión Europea. In: OREJA, Marcelino (dir.). *La Constitución Europea*. Madrid: Actas, 1994.

A União Européia e o direito eleitoral

Carlos Eduardo Caputo Bastos e
Jorge Fontoura

O Direito Comunitário, significativo desdobramento jurídico da União Européia, tem-se manifestado inusitado e surpreendente em quase todos os seus múltiplos aspectos.

A princípio mero processo de liberalização de comércio, a integração européia transformou-se paulatinamente em sofisticado engendro jurídico e político, com um sistema todo próprio de elaboração legislativa e de uniformização e aplicação do direito ao caso concreto. Um caleidoscópio de novidades, desde a superioridade hierárquica da norma comunitária sobre o direito interno, ainda que constitucional, o que surpreende à perspectiva tradicional do direito público, desde sempre conformada pelo dogma da constitucionalidade. A previsão constitucional da possibilidade de delegação de poderes soberanos a instituições supranacionais é outra *conditio sine qua non* à participação na Europa comum.

Quatro instituições comunitárias se destacam, com funções também inovadoras: a Comissão Européia, o Conselho de Ministros (dos Estados-membros), o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (no plural por se tratar de três instituições: Comunidades Européias do Carvão e do Aço, de Energia Atômica e Econômica propriamente dita) e, finalmente, o Parlamento Europeu, do qual cuidaremos no presente artigo, no que concerne especificamente a seu processo eletivo.

Carlos Eduardo Caputo Bastos e Jorge Fontoura são membros fundadores do CEDI, Centro de Estudos de Direito Internacional.

Até 1979, o Parlamento Europeu era composto por delegações nacionais indicadas pelos respectivos Poderes Legislativos. Desde então, a escolha por sufrágio universal e direto passou a realizar-se de cinco em cinco anos, gerando uma demanda de direito eleitoral totalmente peculiar, haja vista a imensa diversidade entre as legislações nacionais dos quinze países comunitários e, mais que isso, a profunda diferença de culturas políticas existente.

Constituído por 626 membros não agrupados em nacionalidades, mas em famílias partidárias, o Parlamento Europeu conta com as seguintes bancadas, com o número de integrantes indicado em parênteses: Partido dos Socialistas Europeus (214); Partido Popular Europeu (200); Grupo Liberal, Democrático e Reformista (41); Grupo da Esquerda Unitária Européia (33); Grupo União pela Europa (36); Grupo dos Verdes no Parlamento Europeu (28); Grupo da Aliança Radical Européia (20); Grupo dos Independentes pela Europa (17) e formalmente sem partido (37).

Única instituição comunitária que discute e delibera em público, o Parlamento que está sediado em Estrasburgo, território francês próximo à fronteira germânica, prepara pareceres e auxilia na elaboração das normas comunitárias. Dispõe de um poder de co-decisão, tendo em vista ser a produção legislativa, Regulamentos e Diretivas principalmente, elaborada na Comissão Européia e no Conselho de Ministros. Trata-se, de fato, abstraindo-se um esforço semântico pouco convincente, de um meio-poder irremediavelmente limitado, com as iniciativas legislativas sendo de fato tomadas em Bruxelas, muito além da instância legislativa por excelência. Aqui reside a grande crítica ao modelo comunitário europeu: o único órgão escolhido pelo voto popular, universal e direto, e que não delibera a *huis clos*, de fato não legisla.

Os Tratados de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992, e de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997, procuraram atenuar o relativo

papel do Parlamento, permitindo-lhe “co-decidir” na elaboração legislativa, emitindo pareceres vinculantes aos demais órgãos, em determinadas matérias. Desempenha ainda papel importante na elaboração e controle orçamentário, incumbindo-lhe a última palavra no que tange à destinação dos fundos comunitários, francamente utilizados nos processos de desenvolvimento regional. Cumpre salientar estarem entre as despesas obrigatórias, e que logo independem de voz parlamentar, aquelas referentes a subsídios agrícolas, quase a metade do “euro bilionário” orçamento do bloco. Trata-se da Política Agrícola Comum, grandemente responsável pela exclusão e subdesenvolvimento em muitos países periféricos, violadora ululante das mais mezinhas regras do comércio internacional.

Muito embora seja a uniformidade de interpretação e aplicação normativa uma marca flagrante da “Europa do Direito”, na legislação eleitoral prevalece, ao contrário, a regra do tratamento nacional. Vale dizer que estudar direito eleitoral europeu é estudar cada um dos ordenamentos nacionais dos Estados comunitários, quinze leis eleitorais que se aplicam a um específico processo eleitoral de escolha dos eurodeputados.

Não havendo, portanto, um sistema eleitoral comunitário, na recente eleição de 11, 12 e 13 de junho de 1999, quando votaram 298 milhões de eleitores, aplicou-se a lei de cada país, dentro de um princípio de territorialidade já quase proscrição da Europa de instituições comuns. Enquanto, por exemplo, no Reino Unido utilizou-se um específico sistema, o mesmo não ocorreu nos demais países, sem que isso tenha comprometido o bom funcionamento do processo. Disposições referentes ao direito de voto, suas restrições, idade eleitoral, regime de obrigatoriedade do sufrágio, elegibilidade e desenrolar das campanhas receberam tratamentos nacionais.

Outro tema não pacificado diz respeito à exclusividade do mandato europeu, à sua compatibilidade com o exercício concomi-

tante daquele nacional, o que é proibido expressamente em apenas quatro países: Bélgica, Grécia, Espanha e Áustria.

Merece referência ainda a peculiar faculdade de que gozam os europeus de votarem nos Estados em que residem, como se nacionais fossem. E ainda mais, poderem ser candidatos, em eleições administrativas, no país de residência, o que pretende fomentar a “cidadania europeia”. Tais concessões, acrescente-se, têm grande importância, considerado o direito de livre circulação e de estabelecimento de que dispõem.

Embora o Parlamento Europeu houvesse aprovado, em 1998, relatório indicando a necessidade de um processo eleitoral uniforme, com disposições comuns, as razões políticas refratárias à europeização eleitoral parecem muito fortes. Trata-se do recorrente impasse de uma Europa que anseia pelo aperfeiçoamento de suas instituições, pelo seu aprofundamento, mas que conserva incólume, em um outro lado inconfessável, a velha índole nacional.

Eleições e democracia são conceitos imbricados por relação de causa e efeito. Ao tratarmos da questão eleitoral europeia, não há como deixar de considerar o “déficit democrático” crucial, que fatalmente decorre de um parlamento que não “legisla de corpo inteiro”.

O sufrágio universal com o qual se vêm escolhendo os eurodeputados confere legitimidade popular ao Parlamento Europeu.

Porém, a mera existência de um Parlamento eleito diretamente, com clareza, não basta para responder à exigência fundamental de uma Constituição democrática, nos termos da qual todos os poderes do Estado derivam do povo. É também necessário que se atente para a crucial questão da organicidade das instâncias de poder, para que haja transparência no processo de tomada de decisões e representatividade nos órgãos responsáveis pela adoção e implementação de tais decisões. O recente episódio de detecção e persecução de atos de corrupção de altos funcionários da Comissão Europeia, algo que se imaginava impossível em uma Europa acrisolada dos velhos vícios republicanos, demonstrou com modos didáticos quão importante é uma instituição parlamentar ileso, não mutilada pela conveniência técnica de uma “polis” sem política.

A União Europeia, relutante em identificar-se como o ocaso da democracia liberal, é, ao mesmo tempo, alvissareiro prenúncio de formas inovadoras de salutar convivência política, em que o Estado, apesar das aparências, continua exercendo seu papel de liderança. Mais para a Ciência Política do que para o Direito, cabe a consideração crítica do admirável mundo novo que decorre do aprofundamento da União Europeia, sem opositores válidos e ideologicamente consensual, à exceção dos remanescentes nacionalismos de ambas as extremas.

A proteção internacional dos direitos humanos

Alberto do Amaral Júnior

Sirvo-me, como ponto de partida, da reflexão de Alexy (1999b, p. 58 et seq.) que destaca cinco características principais dos direitos humanos:

1. A universalidade. Os direitos do homem são universais em relação aos seus titulares e destinatários. Os seres humanos são os únicos sujeitos com capacidade para exercê-los. Creio, diversamente de Alexy, que faltam razões plausíveis para não se atribuir aos grupos e comunidades a titularidade dos direitos humanos.

2. São direitos morais. Alexy declara que a validade dos direitos morais independe da positivação efetuada pela norma jurídica. É necessário, simplesmente, que se verifique a validade moral da norma que os consagram. A norma vale, no plano moral, quando é suscetível de ser justificada racionalmente perante todos aqueles que a aceitam. Os direitos do homem são direitos morais sempre que puderem ser justificados em face dos indivíduos que os acolhem.

3. São direitos preferenciais. Os direitos morais importam o direito à proteção por parte do ordenamento jurídico. Há, nesse sentido, um direito moral que postula sejam os direitos humanos reconhecidos e tutelados pelas normas legais. A garantia e eficácia dos direitos humanos têm o mérito de conferir legitimidade à ordem legal vigente. Essa circunstância assinala a posição de prioridade que os direitos humanos ocupam no quadro das normas jurídicas existentes.

Alberto do Amaral Júnior é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

4. São direitos fundamentais. Os direitos do homem abrangem interesses e carências essenciais aos seres humanos. Esses interesses e carências precisam ser de tal sorte que o seu respeito possa ser fundamentado pelo direito. A fundamentabilidade explica a prioridade que desfrutam diante dos demais direitos contemplados pela ordem jurídica. Alexy ressalta que os interesses e carências são fundamentais quando sua violação ou não satisfação provocar a morte ou grave sofrimento dos indivíduos ou quando afetar o núcleo essencial da autonomia. Pertencem a essa categoria os direitos liberais clássicos bem como os direitos sociais que asseguram as condições mínimas de existência.

5. São direitos abstratos. Os direitos do homem, por terem natureza abstrata, requerem algum tipo de limitação para que sejam aplicados aos casos concretos. Esse fato pressupõe a ponderação entre os direitos em conflito, sugerindo a necessidade de se criar instâncias autorizadas a realizar ponderações juridicamente obrigatórias. O Estado, nesse contexto, é necessário não apenas como instância de concretização, mas também como instância apta a tomar decisões que efetivem os direitos humanos (cf. ALEXI, 1999a, p. 67-79).

O art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevê que: “Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”. Essa afirmação ressalta, em primeiro lugar, a importância da institucionalização dos direitos humanos para a ordem interna e internacional. Há, na realidade, um verdadeiro direito à institucionalização dos direitos humanos que abrange o âmbito doméstico e as relações externas.

Em segundo lugar, a ordem interna e internacional devem privilegiar certos valores considerados essenciais para a convivência coletiva. A realização desses valores confere legitimidade à ordem instituída. Tra-

ta-se, pois, de um direito a uma ordem específica que proteja e tutele os direitos humanos. Logo, a plena realização dos direitos humanos pressupõe regras e procedimentos que os institucionalizem. A institucionalização é, assim, condição necessária ainda que não suficiente para a proteção dos direitos humanos.

Em terceiro lugar, esse direito à institucionalização pertence a todos, sem distinção de raça, sexo ou religião. Ele é generalizável a todos os seres humanos, onde quer que se situem. Como tal, não se caracteriza por ser um privilégio atribuível a determinados indivíduos ou a algumas nações. É possível mesmo dizer que, com o passar do tempo, referido direito à institucionalização converteu-se em parte integrante da ordem pública internacional. O caráter de norma consuetudinária que possui atribuiu-lhe o sentido de norma imperativa, que vincula os indivíduos e governos.

O uso da expressão *direitos humanos* impõe, antes de mais nada, um esclarecimento preliminar. A palavra direito pode ser usada em sentido fraco e em sentido forte. A primeira acepção designa a exigência de direitos futuros, ou seja, a proteção futura de certo bem. Já a segunda aponta para a proteção efetiva desse bem, a qual pode ser reivindicada perante os tribunais para reparar os abusos e punir os culpados (BOBBIO, 1992, p. 67). Essa observação é importante porque, antes de receber consagração nos textos constitucionais e nas convenções internacionais, os direitos humanos considerados essenciais para a convivência coletiva constituíam exigência de proteção futura de determinado bem.

A primeira exigência que originou a preocupação com o tema dos direitos humanos foi a tentativa de controlar o poder do Estado. Nesse sentido, os direitos individuais aparecem como reação ao Estado absoluto que dominou a realidade europeia nos séculos XVII e XVIII.

O príncipe de Maquiavel foi, na história do pensamento político, a primeira grande

formulação do absolutismo, o qual teve a sua construção filosófica definitiva no *Leviatã* de Thomas Hobbes. Maquiavel assinala, em nítida ruptura com a herança antiga e medieval, que a ação política não se subordina aos mesmos critérios utilizados para a avaliação das condutas individuais. As noções de *virtù* e de razão de Estado enunciam uma nova forma de compreender a relação entre a moral e a política. Enquanto a *virtù* do governante consiste no senso de oportunidade para tomar as decisões necessárias visando à conservação do poder, a razão de Estado sugere que os negócios públicos se submetem aos imperativos da preservação do governo, fato que não permite a sua apreciação segundo os juízos morais.

Hobbes, por sua vez, parte de uma concepção negativa da natureza humana, conforme a qual o homem é lobo do próprio homem. Antes da constituição da sociedade política, os homens viviam num hipotético estado de natureza, em que não havia governo nem direito.

A liberdade de tudo fazer e de tudo possuir, própria do estado de natureza, contrasta com a insegurança permanente representada pelo temor da morte violenta (HOBBS, 1976, p. 88 et seq.). Por intermédio do contrato social, os homens abandonam o estado de natureza e iniciam a vida em sociedade; alienam a liberdade que outrora desfrutavam em troca da segurança fornecida pelo Estado.

O soberano adquire o direito de determinar, em última instância, as regras que definem os comportamentos lícitos e ilícitos. Ele é, nessa condição, *legibus solutus*, ou seja, não se obriga a respeitar as leis que estabelece.

Em reação ao absolutismo, a filosofia jusnaturalista sustentou que o homem é titular de direitos inatos, válidos em qualquer tempo e lugar, independentemente da condição social ou situação geográfica. Para Locke, o grande inspirador do liberalismo moderno, a função do Estado é tão-somente a de garantir a liberdade. Locke argumenta, fiel à tradição jusnaturalista, que a organização

da sociedade política somente se justifica para permitir a preservação da liberdade natural, eliminando-se os obstáculos que ameaçavam a sua existência no estado de natureza (1967, p. 336-348).

As Constituições liberais do final do século XVIII e começo do século XIX iniciaram a obra de positivação dos direitos individuais no interior dos Estados. Em princípio, esses direitos pretendiam apenas garantir a abstenção do Estado na esfera de ação individual. Com a institucionalização da liberdade de organização partidária e sindical, criam-se as condições para a existência de um espaço público sem a interferência estatal.

No início do século XX, o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais introduz um novo aspecto em termos de proteção aos direitos humanos. Não se trata, agora, de garantir a liberdade em face do Estado, mas de reivindicar a sua intervenção com o fim de assegurar a repartição da riqueza socialmente produzida. Essas transformações situavam-se, entretanto, no interior dos Estados, não atingindo as relações interestatais.

Até a primeira metade do século XX, a proteção dos direitos humanos no plano internacional era feita pelo mecanismo das relações interestatais. Não havia órgão de implementação dos direitos humanos, e os indivíduos não tinham capacidade processual no plano internacional (TRINDADE, 1992, p. 25-40). Com o passar do tempo, esse mecanismo revelou-se insuficiente. A sua esfera de abrangência era limitada, beneficiando reduzido número de indivíduos.

A ausência de regras precisas nessa matéria conduziu ainda à prática de incontáveis abusos. Alguns países, sobretudo os mais poderosos, passaram a exigir dos demais Estados o respeito a padrões mínimos de proteção aos seus nacionais. O desrespeito a tais padrões foi a causa das chamadas intervenções humanitárias, comuns na segunda metade do século XIX.

A experiência dramática da segunda guerra mundial proporcionou mudanças

significativas no campo dos direitos humanos. Os horrores do conflito trouxeram à baila a necessidade de proclamar direitos, e também de garantir a sua aplicação. O preâmbulo da Carta da ONU enfatizou a importância dos direitos fundamentais do homem, da dignidade do valor do ser humano, da igualdade de direitos dos homens e das mulheres, enquanto nada menos do que seis artigos da Carta se referem expressamente aos direitos humanos. Os direitos humanos integram assim as finalidades da ONU, e o desrespeito aos artigos que os consagram importa na violação da própria Carta das Nações Unidas.

O segundo pós-guerra foi caracterizado pela multiplicação e universalização dos direitos humanos. A proliferação dos direitos humanos ocorreu, segundo Bobbio, de três modos diferentes:

a) aumentou a quantidade de bens mercedores de tutela;

b) foi estendida a titularidade de alguns direitos a sujeitos diversos do homem; e

c) o homem não é mais visto como ente genérico, mas em razão da especificidade que possui como criança, velho, doente, etc.

BOBBIO (1992, p. 68) observa que, com relação ao primeiro processo, verificou-se a passagem dos direitos de liberdade – liberdade de religião, de opinião, de imprensa etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem a intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo processo, ocorreu a passagem do indivíduo humano para sujeitos diversos do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas e mesmo a humanidade em seu conjunto, como se pode depreender do debate sobre o direito das gerações futuras. Com relação ao terceiro processo, houve a passagem do homem genérico para o homem específico, classificado com base em múltiplos critérios de diferenciação (sexo, idade e condição física). Cada um desses aspectos revela diferenças específicas, que não podem ser tratadas da mesma maneira (cf. RANGEL, 1992, p. 403-411 e 1969, p. 3-14. Cf. ainda POPPOVIC,

1996, p. 635-648. PINHEIRO, 1985, p. 353-359, 1990, p. 244-251 e 1993, p. 3. MELLO, 1993, p. 115-127 e 1994, p. 13-23).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada e adotada em 10 de dezembro de 1948, iniciou a fase de positividade e universalização dos direitos humanos. Pela primeira vez na história, um sistema fundamental de princípios foi aceito pela maior parte dos Estados. Não apenas os cidadãos de um Estado, mas todos os homens são destinatários desses princípios. Já a positividade significa que os direitos humanos, mais do que proclamados, devem ser garantidos contra todo tipo de violação (BOBBIO, 1992, p. 68).

Os trabalhos preparatórios da Declaração tiveram início em fevereiro de 1947 com o funcionamento da Comissão de Direitos Humanos da ONU. A Declaração foi, em princípio, concebida como a primeira parte de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que seria composto por novas convenções e medidas de implementação. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, não é um tratado, deixando por isso de vincular os Estados-membros da ONU. Esse fato não impediu que ela exercesse profunda influência na elaboração de instrumentos nacionais e internacionais de tutela dos direitos humanos.

Longo caminho teve que ser percorrido até que a Assembléia Geral da ONU adotasse em 1966 os Pactos sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. A Assembléia Geral mostrou-se inicialmente favorável a um único pacto, que abarcasse ambas as categorias de direitos.

Em 1951, a Comissão houve por bem sugerir a adoção de um sistema de relatórios, cujo objetivo era permitir que os Estados-partes informassem acerca das medidas tomadas para a proteção dos direitos humanos. Da mesma forma, julgou-se oportuno regulamentar a apresentação de petições e protocolos separados com a finalidade de facilitar a ratificação dos pactos por parte dos Estados que não concordassem com a

sua adoção. Nesse mesmo ano, decidiu-se pela elaboração de dois pactos: um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

A conclusão dos projetos de ambos os pactos ocorreu em 1954. A partir de então, a Assembléia Geral iniciou um sistema de consultas aos diferentes governos sobre o teor das medidas sugeridas. As discordâncias residiram sobretudo em relação ao sistema de implementação adotado.

A delegação holandesa defendeu a combinação do sistema de relatórios com o das reclamações interestatais e o das petições individuais. O direito de petição justificava-se porque os Estados, nos relatórios periódicos, poderiam mencionar avanços no campo da proteção dos direitos humanos que não encontram amparo na realidade. Optou-se finalmente pela inclusão do direito de petição em um protocolo facultativo.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral adotou e abriu à assinatura, ratificação e acessão o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Protocolo Facultativo. O Pacto sobre os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos entraram em vigor em 1976, quando se completou o número mínimo de ratificações exigido.

No tocante às medidas de implementação, vale lembrar que tanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contemplaram um sistema de relatórios; somente o Pacto dos Direitos Civis e Políticos instituiu um Comitê dotado de competência facultativa para receber e encaminhar as reclamações que lhe fossem dirigidas.

O Protocolo Facultativo previu também a possibilidade de apresentação de petições individuais ao Comitê. A crítica que se tem feito ao Comitê ressalta que ele tem atuado mais como órgão de bons ofícios do que exercido funções de natureza judicial. Em dezembro de 1993, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas sobre os Direitos

Humanos. A ONU concluiu ainda grande número de convenções e declarações relativas à proteção dos direitos humanos. Entre as convenções, cabe destacar: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952); Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (1960); Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa-Humanidade (1968); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Punição do Crime de Apartheid (1973) (TRINDADE, 1991, p. 12).

Entre as Declarações, merecem ser lembradas: a Declaração sobre os Direitos da Criança (1959); a Declaração sobre a Eliminação de Qualquer Forma de Discriminação Racial (1963); a Declaração que proíbe a Tortura, o Tratamento Cruel e Desumano (1975); a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base na Religião ou Crença (1981).

No plano regional, a Convenção Européia de Direitos Humanos, concluída em 4 de janeiro de 1953, instituiu a Corte Européia de Direitos Humanos, que começou a funcionar em 3 de setembro de 1953. Desde 1998, os indivíduos têm acesso direto à Corte, o que facilitou a apuração de violações aos dispositivos da Convenção Européia de Direitos Humanos. No continente americano, foi adotada em Bogotá, em 1948, a Declaração dos Direitos e dos Deveres do Homem; a OEA, por sua vez, incluiu os direitos humanos entre os princípios que devem orientar a ação dos Estados americanos. A Convenção Americana dos Direitos Humanos, fortemente influenciada pela Convenção Européia, foi adotada em 1969 e entrou

em vigor em 1978. Merece destaque ainda a Carta dos Direitos Humanos e dos Povos, adotada pela OUA em 1981.

A proteção internacional dos direitos humanos registrou progressos consideráveis nas últimas décadas. Generalizou-se, em primeiro lugar, a consciência de que a proteção dos direitos humanos não se circunscreve ao âmbito interno dos Estados.

No passado, sustentava-se que a proteção dos direitos humanos pertencia ao domínio reservado dos Estados, únicos agentes encarregados de promover a sua tutela. Mas o caráter vago e impreciso da chamada competência nacional exclusiva contribuiu para elevar em demasia o grau de discricionariedade dos governos nessa matéria.

Os Estados definiam o alcance e a extensão do domínio reservado, obedecendo à lógica de seus interesses conjunturais. Não havia critério ou procedimento capaz de conferir rigor a esse conceito. Como resultado, as organizações internacionais reivindicaram o direito de estabelecer na prática os limites da noção de domínio reservado. Os direitos humanos tornam-se objeto de interesse internacional, que extrapola a competência exclusiva dos Estados.

Essa evolução somente foi possível graças à existência de mecanismos que permitiam a compatibilização e a prevenção de conflitos entre as jurisdições nacionais e a internacional (TRINDADE, 1991, p. 13). A proteção internacional dos direitos humanos assume, sob esse aspecto, função subsidiária, pois cabe aos Estados a tarefa de promovê-la no plano interno.

A atuação dos organismos internacionais tem início quando a proteção em causa se revelar falha ou deficiente. Dessa constatação derivou o princípio do esgotamento dos recursos internos antes de se recorrer à tutela prestada pelos órgãos internacionais.

Os tratados sobre direitos humanos contemplam, via de regra, dispositivos com a finalidade de harmonizá-los com o direito interno, facilitando a adesão e ratificação dos governos. São admitidas, desde que

compatíveis com o objeto e os propósitos do tratado, as cláusulas de reserva e limitação ou restrição de certos direitos em situações de emergência. Tornou-se usual também inserir nos tratados cláusulas facultativas de reconhecimento da competência de órgãos de supervisão internacional para examinar petições ou comunicações individuais e interestatais, bem como de reconhecimento da jurisdição compulsória de órgãos judiciais de proteção dos direitos humanos (TRINDADE, 1991, p. 8 et seq.).

Verificou-se, por outro lado, grande desenvolvimento dos métodos de implementação dos direitos humanos. Os indivíduos adquiriram capacidade processual para pleitear direitos na esfera internacional. As convenções internacionais sobre direitos humanos passaram a prever um sistema de petições individuais e interestatais.

Qualquer pessoa pode dirigir uma reclamação aos órgãos internacionais competentes, mesmo contra o seu próprio Estado. Já as petições interestatais constituem meios destinados a permitir a implementação das garantias coletivas, que beneficiam um grupo ou uma coletividade.

Esse sistema foi completado pela atribuição de capacidade de agir aos órgãos de supervisão criados pelos tratados de direitos humanos. Nos últimos anos, cresceu vertiginosamente o número de órgãos incumbidos de proceder a tal supervisão, de que são exemplos, entre outros, o Comitê de Direitos Humanos previsto no Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), estabelecido pelo Tratado para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, instituído pelo Tratado para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (TRINDADE, 1991, p. 8 et seq.). Estes organismos realizam investigações, requisitam informações dos governos e produzem relatórios que têm

contribuído para corrigir práticas de violação dos direitos humanos.

Deve-se salientar ainda que a interpretação dos tratados sobre direitos humanos se submete a critérios próprios, distintos dos que determinam a compreensão dos tratados bilaterais clássicos. O interesse das partes cede lugar às considerações de ordem pública como princípio que orienta o entendimento de suas cláusulas.

A ONU realizou em Viena, em junho de 1993, a Segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos. Na oportunidade, duas posições marcaram os debates. Enquanto os EUA e as nações ocidentais sustentaram a universalidade dos direitos humanos, que deveriam sobrepor-se às soberanias nacionais, muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, liderados pela China, afirmaram o relativismo dos direitos humanos, que seriam a expressão dos valores ocidentais. Nesse sentido, conforme se alegou, nações com diferentes graus de desenvolvimento econômico e tradições culturais teriam concepções distintas dos direitos humanos.

Os EUA defenderam a posição segundo a qual nenhum país poderia, com base no relativismo, deixar de reconhecer e garantir os direitos humanos. A China e outros países em desenvolvimento ressaltaram que a definição dos direitos humanos precisa levar em conta as particularidades nacionais e os respectivos meios históricos, religiosos e culturais.

Ambas as posições contêm, cada qual à sua maneira, partes da verdade. Os universalistas têm parcela de razão quando acusam seus adversários de invocar o relativismo para impedir a interferência externa com o fim de evitar o extermínio das minorias étnicas, as torturas físicas e morais, as perseguições religiosas e a supressão dos direitos civis e políticos. Os relativistas, por sua vez, têm também parcela de razão quando acusam seus adversários de estabelecer restrições à imigração, de não se preocuparem com a situação econômica das nações

atrasadas e de invocarem o tráfico de drogas como pretexto para intervir na soberania dos países subdesenvolvidos (FARIA, 1994, p. 53-60. Cf. PINHEIRO, 1998 e TRINDADE, 1997, p. 177-206).

O documento final da Conferência, contemporizando as posições antagônicas, consagrou a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, enfatizando:

- a) a universalidade dos direitos civis e sociais;
- b) a universalidade dos direitos humanos;
- c) o papel fiscalizador das entidades não governamentais;
- d) a co-responsabilidade na promoção dos direitos fundamentais;
- e) o desenvolvimento como condição para a manutenção da democracia.

Observou-se, ainda, que a comunidade internacional deve envidar esforços com o fim de reduzir o peso da dívida externa para os países em desenvolvimento, recomendando-se a ratificação sem reservas dos tratados sobre direitos humanos celebrados no âmbito das Nações Unidas.

O processo de multiplicação e universalização dos direitos humanos colidiu, não raro, com a política de poder dos Estados, denunciando o contraste entre validade e eficácia das normas, entre o mundo abstrato das regras e o mundo concreto dos fatos. A ordem bipolar que organizou as relações internacionais durante quase cinquenta anos transformou os direitos humanos em arma ideológica na disputa que opôs o bloco ocidental liderado pelos EUA ao bloco oriental comandado pela União Soviética. Enquanto os EUA acusavam a União Soviética de desrespeitar as liberdades civis e políticas, esta frisava a importância dos direitos econômicos e sociais para a construção de uma sociedade justa e solidária.

A divisão ideológica impediu que a comunidade internacional punisse os governos que violassem os direitos humanos. As sanções econômicas aplicadas contra a Rodésia e a África do Sul foram excepcionais e

ocorreram apenas devido à posição periférica que esses países ocupavam no cenário internacional.

Os direitos humanos estiveram, em muitos casos, a serviço dos interesses econômicos e estratégicos das grandes potências. A disparidade de tratamento em relação às violações dos direitos humanos em diferentes partes do mundo revela a existência de políticas seletivas, que flutuam ao sabor das conveniências, ora mobilizando esforços para pôr fim às perseguições de minorias étnicas e religiosas e ao massacre de populações inteiras, ora exibindo a mais profunda indiferença perante esses acontecimentos. A passividade dos países ocidentais diante da situação dos “intocáveis” na Índia ou do massacre da população maobere no Timor Leste comprovam claramente esse fato.

A seletividade decorre da combinação do comprometimento dos Estados com as normas de proteção dos direitos humanos, previstas nos tratados internacionais, com a política de poder que privilegia os seus interesses particularistas. Os governos procuram subordinar a preocupação com os direitos humanos ao cinismo da diplomacia realista. O egoísmo que a orienta traça na prática os termos dessa submissão. O realismo diplomático, repleto de meandros e sinuosidades caprichosos, não visa a realizar interesses gerais, mas apenas a dilatar a margem de poder que cada Estado possui.

Há ainda outro fator que explica a inação dos governos quando são cometidas violações dos direitos humanos na esfera internacional. Vigora uma espécie de cumplicidade em relação ao Estado infrator, de tal sorte que mesmo aqueles que poderiam agir se sentem paralisados pelo temor de que venham a sofrer a acusação de desrespeito aos direitos humanos.

Não obstante essas limitações, as últimas décadas testemunharam o aparecimento de um espaço internacional no qual os direitos humanos tendem a ser objeto de interesse geral. O espaço público internacional dos direitos humanos cristaliza-se a partir do final da

guerra fria e do progresso das tecnologias da informação, que deu visibilidade imediata ao que se passa no interior dos Estados. A informação sobre a violência perpetrada contra lideranças civis, o assassinato de opositores do governo estabelecido e o extermínio de grupos étnicos circulam instantaneamente em todos os recantos do globo. A intimidade soberana é completamente devassada, obscurecendo a distinção entre a vida doméstica e a realidade internacional (LAFER, 1999, p. 154 et seq. Cf. LAFER, 1998, p. 117-236. Cf. ainda COMPARATO, 1999, p. 403-414).

A internacionalização da vida doméstica dos Estados, convertida em motivo de debate e de preocupação de todos, é absolutamente inédita, sem paralelo nos períodos históricos precedentes. Os Estados não são os únicos componentes do novo espaço internacional dos direitos humanos. Organizações não governamentais se formam em nível transnacional, travando com o Estado relações de conflito e cooperação. A pressão das organizações não governamentais é decisiva para compelir os governos a adotar políticas de defesa dos direitos humanos. Cresce a consciência de que os direitos humanos envolvem responsabilidades compartilhadas entre instituições públicas e privadas.

A soberania deixa de ser vista como capa protetora para os governantes que cometem graves violações dos direitos humanos. O uso do princípio de não ingerência para acobertar crimes contra a humanidade é desacreditado, à medida que o direito de olhar parece servir de fundamento à idéia de responsabilidade sem fronteira.

Na vida internacional e na órbita doméstica, existe um vínculo indissociável entre direitos humanos, democracia e paz. Sem a garantia dos direitos humanos, não há democracia e, sem democracia, faltam as condições para a solução pacífica dos conflitos. A proteção dos direitos humanos no terreno internacional pode ser valioso instrumento para construção da democracia em dimensão cosmopolita (LAFER, 1994, p. 71. Cf. TRINDADE, 1999, p. 201-251).

A institucionalização internacional dos direitos humanos enfrenta, hoje, apesar dos avanços obtidos, importantes desafios. Em primeiro lugar, existe um nítido contraste entre a proliferação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e a criação de instituições destinadas a garantir-lhes eficácia. As últimas décadas testemunharam o aparecimento de arranjos institucionais variados que facilitam o encaminhamento e a gestão dos assuntos internacionais nos mais diversos âmbitos de atividade. Os Estados, entretanto, relutam em oferecer às organizações internacionais os instrumentos necessários para lidar com a nova complexidade que surgiu. Verifica-se, desse modo, um descompasso entre as novas responsabilidades que as normas jurídicas delegam à comunidade internacional e a ausência de mecanismos capazes de assegurar a sua efetivação. Enquanto a expansão normativa e o desenvolvimento de inúmeras instituições outorgaram novas tarefas à comunidade internacional, as políticas e procedimentos que se ocupam da aplicação das normas e do fortalecimento das instituições são ainda bastante incipientes.

Em segundo lugar, a institucionalização internacional dos direitos humanos requer a existência de normas secundárias, como é o caso das normas de julgamento, que instituem autoridades judiciais competentes para apurar e punir os delitos cometidos. O direito internacional clássico compunha-se, fundamentalmente, de normas primárias que previam direitos e obrigações aos Estados. Faltavam regras secundárias que constituíssem órgãos encarregados de alterar as normas vigentes e aplicar sanções aos comportamentos desviantes.

Foi por isso que Kelsen comparou o direito internacional ao direito das sociedades primitivas. O direito internacional encontrava-se, nessa perspectiva, em um estágio evolutivo inferior ao dos ordenamentos jurídicos nacionais. À centralização das ordens jurídicas nacionais correspondia a descentralização do direito internacional.

Recentemente, porém, o direito internacional tem experimentado uma grande mudança representada, sobretudo, pela incorporação das normas secundárias.

Esse fato é perceptível na formação dos blocos econômicos, especialmente da União Européia, que se caracteriza pela criação de órgãos supranacionais, que receberam a missão de instituir e aplicar o direito comunitário. Não obstante, as normas secundárias no campo do direito internacional são reduzidas, restringindo-se a setores específicos.

A experiência européia em matéria de institucionalização dos direitos humanos não se repetiu, com a mesma densidade, em outras regiões do mundo. O estabelecimento do Tribunal Penal Internacional simboliza um esforço notável de adensamento da institucionalização internacional dos direitos humanos, cuja repercussão poderá significar uma revolução copernicana no direito internacional. É preciso reconhecer, contudo, que a efetivação do Tribunal Penal Internacional é algo em aberto, que somente o futuro terá condições de comprovar.

Em terceiro lugar, a constituição de um espaço público internacional dos direitos humanos não dispensa a elaboração de instituições que expressem o propósito da comunidade internacional de promover a tutela de determinados direitos diante da probabilidade de eventuais violações. Não é suficiente afirmar que os Estados, principalmente os mais poderosos, estão habilitados a agir em nome da comunidade internacional quando os direitos humanos são violados. É imprescindível a presença de instituições que indiquem quando e em que circunstâncias a ação da comunidade internacional é legítima. A mera referência ao fato de que o comportamento dos governos reflete, em dado momento, os interesses da opinião pública internacional não basta para legitimar as campanhas militares empreendidas para defender os direitos humanos.

Em quarto lugar, a resistência, manifestada por vários países, em aceitar a universalidade dos direitos humanos é obstáculo

ponderável para a sua institucionalização internacional. Afinal, numa situação de predomínio do relativismo não teria sentido a institucionalização internacional dos direitos humanos. A realização de diálogos interculturais, que identifiquem constelações axiológicas comuns nas diferentes culturas, é a única forma apta a propiciar a consolidação dos elos sociais que definem, em última instância, a eficácia internacional dos direitos humanos.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999a.
- _____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 58 et seq. jul./set. 1999b.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FARIA, José Eduardo. Os direitos humanos e o dilema latino-americano às vésperas do século XXI. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 38, p. 53-60, mar. 1994.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. New York: Washington Square, 1976.
- LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. Direitos humanos e democracia no plano interno e internacional. *Revista de Política Externa*, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 71 et seq. set./nov. 1994.
- _____. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LOCKE, John. The second treatise of government: an essay concerning the true original, extent, and end of civil government. In: _____. *Two treatises of government*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1967.
- MELLO, Celso de Albuquerque. Análise do núcleo intangível das garantias dos direitos humanos em situações extremas: uma interpretação do ponto de vista... *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 5, p.13-23, ago./dez. 1994.
- _____. A sociedade internacional: nacionalismo versus internalismo e a questão dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 115-127, jul./dez. 1993.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. O Brasil e a ordem jurídica internacional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 24, p. 353-359, dez. 1985.
- _____. Dialética dos direitos humanos. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1987.
- _____. Proteção da pessoa humana na ordem jurídica nacional e internacional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO, 4., 1990, João Pessoa. João Pessoa: Espaço Cultural, 1990.
- _____. Viena valeu. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 25 jul. 1993. Caderno 1, p. 3.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro, (Org.). *Direitos humanos no século XXI*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1998. 2 v.
- POPPOVIC, Malak el C.; PINHEIRO, Paulo Sérgio. Pauvreté, droits de l'homme et processus démocratique. *Droit et Société*, Paris, n. 4, p. 635-648, 1996.
- RANGEL, Vicente Marotta. A declaração universal dos direitos do homem e o seu vigésimo aniversário. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, v. 6, n. 70, p. 3-14, 1969
- _____. Do homem à humanidade: o elemento fático no direito internacional. In: LAFER, Celso; FERREZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Coord.). *Direito política filosofia poesia: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale em seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução da proteção internacional dos direitos humanos e o papel do Brasil. In: _____. (Ed.). *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras (Seminário de Brasília de 1991)*. Costa Rica : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.
- _____. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 2.

A nova administração gerencial do Estado brasileiro e a prestação de serviços públicos de telecomunicações

Antonela Diana Luz Teixeira Motta

Na década de 90, presenciamos uma mudança significativa na organização da prestação de serviços de telecomunicações. O novo cenário do Direito de Telecomunicações derivou de um conjunto de reformas no Aparelho de Estado que tomaram corpo no governo Fernando Henrique Cardoso, com o fim de frear o caráter intervencionista do Estado na economia privada, em combate à instabilidade econômica vigente. Foi, então, apresentado ao Direito Administrativo um período de reformulação de conceitos e princípios, reforçando seu caráter de transformação constante, em consonância com a realidade econômico-social do momento histórico.

A Reforma Administrativa brasileira é resultado de um contexto internacional de crise do papel do Estado, decorrente de uma mudança profunda na economia mundial. O fenômeno de reavaliação da atuação estatal não é, no entanto, novidade para a história geral. Como já observado anteriormente, a administração estatal é constantemente revista e atualizada conforme as forças econômicas e sociais dominantes, em prol da estabilização do mercado, do bem-estar social, do equilíbrio das forças políticas e, principalmente, em prol da *governança* do Estado, ou seja, do seu poder de implementar políticas públicas efetivas e eficientes. É o que Luiz Carlos Bresser Pereira caracterizaria como o “caráter cíclico da intervenção estatal” (apud AZULAY NETO).

Antonela Diana Luz Teixeira Motta é Membro do Grupo de Estudos em Regulação de Telecomunicações, Núcleo de Regulação Setorial da Faculdade de Direito da UnB.

Uma breve retrospectiva histórica pode exemplificar essa realidade (Supra). Reportemo-nos ao século XVIII. O liberalismo nasceu em oposição ao regime absolutista e considerava abominável qualquer tipo de intervenção estatal na liberdade individual, em favor do coletivo. No contexto da revolução industrial e da explosão do iluminismo, presenciando a emergência de teorias fortes e inovadoras, como as teorias contratualistas e do direito natural, a doutrina liberal trouxe à tona os interesses da *classe burguesa*, criada pelo novo modo de produção capitalista.

O Estado Liberal foi a maior expressão do “Estado Mínimo”. Era composto por um pequeno núcleo estratégico e exercia apenas as funções típicas de Estado, tais como a defesa nacional, arrecadação e diplomacia. Possuía uma política de incentivo à iniciativa privada e de proteção da propriedade, sem maiores preocupações com a organização social, já que provinha de um regime que sustentava uma sociedade estamental, estática e inexpressiva.

Todavia, o livre mercado gerou uma concorrência desleal e desenfreada, que resultou na formação de grandes monopólios, aniquilando as empresas de pequeno porte. No final do século XIX, a situação da economia mundial era caótica, culminando no *crack* da Bolsa de Nova York, em 1929.

No campo social, a situação não era diferente: com a industrialização, surgiu uma nova classe social, o *proletariado*, em situação de pobreza, fome e doença. A Revolução Russa alarmou os Estados capitalistas da ameaça socialista e pressionou-os para a adoção de medidas de contenção social e econômica (COELHO, 2000, p. 192).

Nos Estados Unidos, Franklin Roosevelt implementa o *New Deal*, um plano de política intervencionista. Era o começo de um novo período de intervenção estatal, que se intensificou ao fim da Segunda Guerra Mundial, com a necessidade de reconstrução dos países atingidos, com recursos do Estado, já que a iniciativa privada se encontrava demasiadamente enfraquecida para fazê-lo.

Consolidou-se, destarte, o Estado Social ou Estado do Bem-Estar (*Welfare State*). Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, verificou-se uma tendência de *socialização*, ou seja, de “preocupação com o bem comum, com o interesse público, em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos, no período do Estado Liberal” (1999, p. 19), que impulsionou o Estado a prestar serviços à população em grandes proporções e enfatizou uma forte orientação nacionalista no período, propiciando a instalação de regimes autoritários.

Assim, o Estado assumiu para si atividades essencialmente privadas, como o fornecimento de energia elétrica, a exploração de petróleo e de minérios e a prestação de serviços de telecomunicações, configurando-as como *serviços públicos* e consolidando a estatização da economia. Criou *fundações* e *autarquias* para melhor executar esses serviços, descentralizando a Administração Pública; e as sociedades de *economia mista e empresas públicas*, como meio de intervenção no domínio econômico. Para incentivar as atividades da iniciativa privada de interesse público, o Estado desenvolveu o *fomento*, através de meios honoríficos, outorga de privilégios, financiamentos, incentivos fiscais, promoção industrial, inversões estrangeiras e transferência de tecnologia (supra, p. 20).

O intervencionismo do Estado Social foi imprescindível para a promoção do desenvolvimento econômico e social, porque harmonizou o mercado econômico para reestruturar as empresas privadas e desenvolveu políticas sociais, o que possibilitou uma distribuição de renda mais igualitária. No entanto, a burocracia administrativa e o modo tecnocrático de distribuição de funções públicas desse modelo de Estado colocaram sérios entraves ao desenvolvimento da própria atuação estatal. A estrutura rígida de organização estatal não permitiu a adequação à nova ordem mundial que se formava.

Na segunda metade do século XX, a tecnologia avançou numa velocidade jamais

vista, o que propiciou uma redução significativa nos custos de transporte e comunicação. Encurtaram-se as distâncias, e o mundo estava mais próximo, mais integrado. Presenciou-se, nesse período, um reaquecimento da economia mundial, com a disputa internacional por avanços tecnológicos e, principalmente, por mercados consumidores. A chamada “globalização da economia” instalou-se definitivamente.

Nesse contexto, ocorreu uma diminuição no poder do Estado nacional, levando à formação de blocos regionais, na tentativa de manter seu poder regulador. A intervenção estatal na concorrência do mercado interno perdeu o sentido, pois não se podia mais conter a competitividade internacional. Seguiu-se o descontrole fiscal, com a perda do crédito público e a diminuição na capacidade de gerar poupança; a redução nas taxas de crescimento dos países desenvolvidos; o aumento do desemprego e os elevados índices de inflação. Tornou-se necessário diminuir as despesas estatais e conseguir meios de reabastecer os cofres públicos, sob pena de um colapso nas finanças do Estado.

Percebeu-se, então, que não mais se justificava a manutenção dos monopólios estatais em atividades de cunho econômico. A burocracia do Estado Social impediu que as empresas estatais acompanhassem os avanços tecnológicos, perdendo eficiência na prestação de serviços públicos e qualidade nos seus produtos. Portanto, a exploração desses monopólios não era suficiente nem mesmo para o seu financiamento, quanto mais para contribuir com acréscimo na renda pública.

Foram implantadas, então, as primeiras políticas de respaldo neo-liberal, nos governos de Margaret Thatcher, na Inglaterra, e de Ronald Regan, nos Estados Unidos, que encontraram na *privatização*, na “*publicização*” e na *terceirização* um meio de descongestionar a Administração, eliminar gastos e, ainda, angariar fundos para suas reservas. A idéia de *Estado Mínimo Comprador*

(*Minimal Purchasing State*) disseminou-se pelo mundo ocidental e ganhou adeptos até mesmo entre países oriundos de regimes socialistas, como a Rússia.

O modelo ideal de Estado não era mais o de produtor e executor de bens e serviços, e sim o de promotor e regulador da atividade privada. Ele passa de patrocinador da economia a administrador de seus efeitos de acordo com o interesse público.

No Brasil, a política neoliberal apareceu inicialmente no governo Fernando Collor de Mello, na tentativa de conter a dívida externa e o aumento da inflação, mas foi no governo de Fernando Henrique Cardoso que ela se consolidou. Embora a Constituição de 1988 tenha representado um retrocesso burocrático no caminho a uma administração pública gerencial (DI PIETRO, 1999, p. 33), foi elaborado, em 1995, o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, delineando qual seria a nova roupagem da Administração Pública brasileira, cuja execução só se tornou viável por meio de Emendas Constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional.

Em apresentação ao Plano Diretor, o Presidente Fernando Henrique expõe seus objetivos:

“É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de ‘gerencial’, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna ‘cliente privilegiado’ dos serviços prestados pelo Estado. É preciso reorganizar as estruturas da administração com ênfase na qualidade e na produtividade do serviço público; na verdadeira profissionalização do servidor, que passaria a perceber salários mais justos para todas as funções” (MINISTÉRIO..., 1995).

Esse Plano Diretor e as medidas que o sucederam implantaram no Brasil um sistema de *parceria* com a Administração Pública, com a finalidade de deixar o Estado mais leve e os serviços mais eficientes, sem descuidar do fiel atendimento ao “*cliente-cidadão*”. Ele criou os *contratos de gestão* para dar maior autonomia a organizações sociais e autarquias (muito embora os autores de direito administrativo afirmem que os contratos de gestão não estão sendo difundidos: teriam ficado só na retórica); e os *contratos de concessão, atos de autorização e termos de permissão* para delegar a particulares a execução de atividades de interesse público; além do instituto da *terceirização* para delegar serviços administrativos a empresas privadas.

Porém, por mais que a política neoliberal adotada pela Administração Pública brasileira exigisse seu afastamento da gestão do setor de produção de bens e serviços, era necessário zelar pela qualidade e continuidade na prestação dos serviços públicos transferidos para a iniciativa privada, devido à sua grande utilidade pública. O Estado não poderia, simplesmente, deixar essas atividades ao sabor do mercado competitivo, do controle pelo capital externo e da busca por lucros das empresas privatizadas, sem que medidas fossem tomadas no sentido de proteger o interesse público na realização eficiente dos serviços envolvidos.

Nesse sentido, foram criadas *agências reguladoras*, autarquias de caráter especial, autônomas, com patrimônio e receita próprios, poder normativo e capacidade decisória. Segundo Di Pietro, são atribuições desses órgãos públicos:

“(…) regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissonário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar o ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e de sua revisão ou reajuste (quando for o caso), contratar a exe-

cução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao poder público na concessão, permissão e autorização (1999, p. 132).”

A criação da ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações - foi um dos instantes decisivos na implantação de uma nova política de atuação no setor de telecomunicações no Brasil. Como não poderia deixar de ser, esse setor precisava acompanhar as mudanças que estavam sendo introduzidas na Administração Pública em geral, quer para permitir o enxugamento da máquina estatal, quer para garantir a instalação e fruição no país de novas tecnologias promissoras, como a telefonia celular, que a burocracia e ineficiência das empresas públicas, debilitadas pela constante ingerência política no seu funcionamento e pelo sucateamento de seu patrimônio, não conseguiam oferecer de maneira eficiente ou acessível para a crescente demanda surgida.

Uma visão panorâmica da evolução do setor nos mostra que nem sempre o Estado foi o encarregado de prestar os serviços de telecomunicações (ESCOBAR, 1999, p. 97-99). Nos tempos imperiais, os serviços telegráficos e de telefonia eram explorados, na maioria das vezes, pela iniciativa privada, e a outorga para instalação de linhas telefônicas era de competência da União apenas.

As bases para a concessão de linhas telefônicas só foram fixadas pelos Decretos nºs 8.452-A/1882 e 8.935/1883 e, a partir de então, as Constituições de 1891 e 1934 estabeleceram que os serviços telegráficos (ou telefônicos, havia uma identidade entre ambos os serviços) seriam explorados pela União, Estados e Municípios, diretamente ou mediante concessão. A Constituição de 1946 determinou que os serviços de “comunicação por eletricidade” (telegrafia e tele-

fonia) interestaduais e nacionais seriam de competência da União e, quando por ela não abrangidos, poderiam ser explorados pelos Municípios e por particulares.

Com a Lei nº 4.117/1962, foi instituído o *Código Brasileiro de Telecomunicações*, regulamentado pelo Decreto nº 52.026/1963, formulando a primeira política nacional para o setor com a instalação do *Conselho Nacional de Telecomunicações – Contel e da Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel*, que garantiram a modernização da infra-estrutura e propiciaram a melhoria dos serviços telefônicos e de transmissão de TV.

A Constituição de 1967 qualificou de *serviço público federal* os serviços de telecomunicações, o que acarretou a incorporação, pela União, de cerca de 900 empresas concessionárias e a instalação, pelo Decreto-Lei nº 200/1967, do Ministério das Telecomunicações. A Lei nº 5.792/1972 criou a empresa *Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás*, e o Decreto nº 74.379/1974 a designou como concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações em todo o território nacional.

A Telebrás era uma *holding* constituída por uma empresa de longa distância – a Embratel – e 27 operadoras locais, as Teles (Telesp, Telerj, Telebrasília, Telemig, etc.). No entanto, no início dos anos 80, concomitantemente à crise do Estado Social, surgem os primeiros problemas da Telebrás. A empresa necessitava de profissionais mais preparados tecnicamente e de investimento em tecnologia para acompanhar a modernização dos serviços de telefonia celular, comunicação de dados, serviços telemáticos, redes de valor agregado, TV a cabo, etc., o que era imensamente dificultado pela politização das diretorias da *holding* e de suas subsidiárias, e pela sua baixa capacidade de investimento. Era, pois, inevitável a reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil, cujas principais etapas serão analisadas a seguir.

Em 1995, foi aprovada a *Emenda Constitucional nº 8*, que, modificando os incisos XI

e XII do artigo 21 da Constituição Federal de 1988, eliminou o monopólio estatal exercido pela Telebrás¹. Um ano depois, foi editada a “*Lei Mínima*” (Lei nº 9.295/1996), que dispôs sobre a exploração do Serviço Móvel Celular, do Serviço Limitado e do Serviço de Transporte de Sinais de Telecomunicações por Satélite; sobre a utilização da rede pública de telecomunicações para a prestação de Serviço de Valor Adicionado; e sobre a criação de uma Comissão Nacional de Comunicações, a *CNC*, para exercer as funções de órgão regulador dos serviços de telecomunicações.

Seguiu-se a *licitação* da concessão da Banda “B” do Serviço Móvel Celular, em abril de 1997, dando o primeiro passo para estabelecer um ambiente competitivo no setor de telecomunicações. Por fim, no dia 16 de julho de 1997, foi editada a *Lei Geral de Telecomunicações – LGT* (Lei nº 9.472), que, em suma, dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação do órgão regulador do setor – a *ANATEL*, a reestruturação e desestatização das empresas federais de telecomunicações e a abertura oficial da competição no setor.

Estabelecido o arcabouço jurídico necessário, iniciou-se o processo de privatização do Sistema Telebrás. A princípio, a empresa foi subdividida em treze companhias: três *holdings* das concessionárias regionais de telefonia fixa; uma *holding* da operadora de longa distância (Embratel); oito *holdings* das concessionárias de telefonia móvel – Banda “A”; e ainda a Telebrás residual, que deveria depois desaparecer, por meio de processo de dissolução e liquidação.

Mais tarde, respeitando as etapas de implantação do novo sistema estabelecidas na LGT, foram realizadas licitações para as chamadas *empresas-espelho*, criadas para implantar a concorrência no setor de telefonia fixa. Mediante termo de autorização, a tais empresas foi permitido explorar os mesmos serviços que as concessionárias adquirentes das empresas do antigo Sistema Telebrás, nas mesmas áreas de atuação des-

tas. Foram licitadas, também, autorizações para a atuação de *empresas-espelinho*, idealizadas para atender pequenas áreas às quais as empresas-espelho não teriam acesso imediato.

A transformação do modo de prestação de serviços de telecomunicações exemplificam o processo ocorrido em outros setores antes monopolizados pelo Estado, como o setor de energia elétrica. Atividades que antes eram tidas invariavelmente como serviços públicos, que o Estado tinha a obrigação de prestar e de garantir a sua qualidade, universalização e continuidade, hoje são delegadas a particulares.

Com isso, verificou-se a necessidade de rever a amplitude do dever de atuação do Estado ante a nova situação apresentada. Questionamentos surgiram no âmbito de atuação do Direito Administrativo, e um deles é quanto a abrangência do termo “serviço público”. Quais serviços poderiam ser assim classificados? Qual o dever do Estado perante as atividades elencadas como tal? Quais as obrigações exigíveis dos particulares na prestação de serviços desse naipe? Dessa forma, procederemos à análise do conceito de serviço público, para que possamos melhor compreender a implicância dessa classificação para a nova organização da Administração Pública.

Embora a maior parte da doutrina afirme que a definição clássica do serviço público reúna três elementos – o subjetivo (serviço público é aquele prestado pelo Estado), o material (objeto do serviço público é a satisfação das necessidades coletivas) e o formal (serviço público é aquele exercido sob regime de Direito Público) –, nem sempre, no panorama de atuação da atividade estatal, todos foram considerados conjuntamente.

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a expressão apareceu pela primeira vez em um trecho do Contrato Social, de J. J. Rousseau, abrangendo qualquer atividade estatal (GROTTI, 2000, p. 40). Desde então, muitas conotações lhe foram atribuídas. Para o Estado Liberal, o serviço público era todo

aquele prestado pelo Estado e destinado a satisfazer as necessidades coletivas. Só se conhecia a prestação desses serviços no âmbito do Direito Público. Na vigência do Estado Social, contudo, esse conceito absorveu atividades comerciais e industriais, e funções que o modelo intervencionista da atividade estatal passou a considerar como serviço público, sem fundamento no interesse coletivo da sua incorporação ao aparelho do Estado, embora fossem essas funções inseridas no regime de Direito Público.

Com a implementação do neoliberalismo no cenário político mundial, a idéia de interesse público está, mais do que nunca, associada à prestação de serviços públicos. Esse enfoque no elemento material do serviço público chegou ao ponto de descaracterizar seu elemento subjetivo, permitindo a atuação de particulares como prestadores de serviço público, se investidos desse poder pelo Estado, por meio de instrumentos legais e contratuais adequados.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o serviço público como sendo:

“(…) toda atividade de oferecimento de utilidade pelos administradores, prestados 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” (2000, p. 575).

Ele entende que as atividades desenvolvidas pelo Estado relativas à exploração da atividade econômica, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo, representam *serviços governamentais* e não serviços públicos. Neste sentido:

“Quando o Estado interfere, suplementarmente, na *exploração de atividade econômica*, ao desenvolver atividades desta natureza estar-se-á diante de *serviços governamentais* e não de *serviços públicos*” (supra, p. 594, 599).

E em sua definição de serviços governamentais, afirma que são

“(…) os que correspondam à exploração de atividade econômica pelo Estado, em concorrência com os particulares ou sob regime de monopólio [caso das atividades elencadas no artigo 177 da Constituição Federal]², mas que são perfeitamente inconfundíveis com os serviços públicos”³.

Quanto aos serviços oferecidos pelas organizações sociais “publicizadas”, como a saúde e a educação, ele acredita que só constituem serviços públicos quando realizados diretamente pelo Estado e que o controle estatal dessas atividades, quando delegadas aos cuidados da iniciativa privada, configura o exercício normal da polícia administrativa do Estado, sem prejuízo do seu caráter privado. São esses *serviços públicos não privativos do Estado*, em que “*ingressam os serviços que o Estado pode desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem*” (MELLO, 2000, p. 586).

Sobre os serviços oferecidos mediante delegação do poder público, por meio dos contratos de concessão e permissão, Bandeira de MELLO considera-os *serviços públicos privativos do Estado*, mas não necessariamente prestados por ele; enquanto as atividades desenvolvidas sob autorização do poder público consistem em atividades privadas, sobre as quais o Estado exerce o seu poder de polícia em garantia do bem-estar social. Sendo assim, o autor atenta para a incoerência do texto constitucional ao mencionar a expressão “autorização” no seu artigo 21, XII⁴, quando deveria ter-se referido apenas a “concessão ou permissão”, pois o objeto desse ato administrativo é “facultar ao particular, discricionariamente, a prática de ato material de interesse particular, *não reservado ao poder público*, mas cuja prática seria vedada sem a prévia expedição do ato em causa” (supra, p. 585).

Hely Lopes Meirelles tem outra classificação para os serviços públicos. Considerou

um sentido amplo de serviço público, que compreende dois tipos de atividades desenvolvidas pela Administração Pública: os *serviços públicos*, ‘*stricto sensu*’, e os *serviços de utilidade pública*. Para ele:

“(…) o que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como *público* ou de *utilidade pública*, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aquele e estes” (1998, p. 286).

Meirelles tem, a esse respeito, uma visão institucional-subjetivista, centrada no elemento Estado, que se contrapõe claramente à posição material de Bandeira de Mello, cujo foco é o interesse público legitimador da atividade do Estado na esfera de poder a ele conferida.

É necessário ressaltar, porém, que, com o advento de sua morte em 1990, o saudoso mestre Meirelles não pôde vivenciar, de todo, o processo de reforma da Administração Pública. Restam alguns de seus conceitos um tanto obsoletos quanto à visão atual de administração gerencial, uma vez que guardam relação com a ótica burocrática consolidada no tempo de seus enriquecedores estudos. Mesmo assim, é válido conferir o que o ilustre jurista tem para dizer a respeito do tema proposto.

Assim conceitua serviços públicos:

“Propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público (...)” (supra).

Conceitua também os serviços de utilidade pública:

“São os que a Administração, reconhecendo a sua *conveniência* (não

essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizados), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários” (supra).

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 175, que “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Decorre daí, claramente, que a intenção do legislador constituinte era vincular a prestação de serviços públicos aos particulares por meio dos instrumentos de concessão e permissão. A Constituição Federal abraçou, nesse trecho, a tese de Bandeira de Mello ao estabelecer a competência para a prestação dos serviços públicos, dispondo que, fora as atividades prestadas diretamente pelo Poder Público, só é serviço público aquele prestado mediante regime de concessão ou permissão.

A Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), por sua vez, em seu artigo 2º, II, assim define “concessão de serviço público”:

“[É] a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, por prazo determinado”.

E quanto à “permissão de serviço público”, disserta o inciso IV do mesmo artigo:

“[É] 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 seu desempenho, por sua conta e risco”.

Temos, aqui, que a hipótese inversa do que prevê a Constituição Federal também é verdadeira. Se vimos que os institutos ideais para a delegação de serviços públicos

são a concessão e a permissão, a Lei de Concessões determina que todo serviço prestado mediante concessão ou permissão é serviço público.

A esse respeito, assevera Di Pietro:

“O art. 175 da Constituição faz referência apenas à concessão e à permissão como formas de prestação de serviços públicos. Mas o art. 21, inciso XII, arrola os serviços que a União pode executar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Além disso, na legislação ordinária e na doutrina a autorização é mencionada também como forma de delegação de serviços públicos ao lado da permissão e da concessão” (1999, p. 122).

Ela entende que foi criada uma graduação entre a delegação da execução de serviços públicos a particulares e a outorga de consentimento ao particular para a utilização privativa de bem público, caracterizando o uso da autorização, permissão e concessão para prestação de serviços públicos ou, simplesmente, para uso de bem público. Segundo a autora, a Constituição fundamenta a concessão e permissão de serviços públicos, em seu artigo 175, e a autorização de serviço público, em seu artigo 21, inciso XII.

Quanto à autorização, concessão e permissão de uso de bem público, são previstas por alguns artigos da Lei nº 9.074, que trata da outorga desses institutos jurídicos, como, por exemplo, os artigos 5º, inciso III, 13 e 14; porém, foge aos objetivos deste trabalho analisar os institutos da autorização, concessão e permissão de uso público, aos quais se remete Di Pietro, por se tratar de uma hipótese de atuação do poder de polícia da Administração Pública sobre a integridade da *res* pública, e não de efetiva prestação de serviço, sem prejuízo, no entanto, da importância dessa classificação.

Miguel Reale também admite a hipótese de prestação de serviços públicos por meio da autorização, alegando que o legislador estabeleceu uma “graduação entre a autori-

zação, a permissão e a concessão de serviço público, segundo o índice de participação ou de controle do Poder Público no concernente aos bens e aos serviços” (1969, p. 152).

Porém, percebe-se que alguns autores partem de uma premissa dúbia: a de que o artigo 21, XII, da Constituição Federal permita a utilização da autorização para delegar a execução de serviços públicos pela Administração Pública a particulares. O infortúnio não está na inclusão da autorização nesse dispositivo, mas na interpretação que a ele se tem conferido.

A proposta do artigo 21 da Constituição Federal não é, na verdade, elencar os serviços públicos prestados pela União, mas apenas atribuir a ela a obrigação de zelar pelos interesses primordiais da população, delimitando os *serviços estatais*, e não necessariamente os serviços públicos. De um modo geral, esse artigo institui os pontos culminantes da atuação do Poder Público Federal, fixando os limites do poder de polícia e atribuindo o poder para implementar políticas desenvolvimentistas.

Quanto aos setores da atividade econômica especificados no artigo, a intenção, ao enfatizar a atuação da União no seu funcionamento, foi de ressaltar seu caráter de interesse público. O inciso VIII, por exemplo, obriga a União a fiscalizar as operações financeiras, os serviços de seguro e a previdência privada; o inciso X a incumbem de manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; os incisos XI e XII exigem que a União explore, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, radiodifusão sonora e de sons e imagens, fornecimento de energia elétrica, etc.

Não foi à toa que a Emenda Constitucional nº 8 retirou da redação do inciso XI do artigo 21 a expressão “serviços públicos de telecomunicações”, fazendo menção apenas a “serviços de telecomunicações”⁵. O fato de ter sido confiada à União Federal a exploração exclusiva dos serviços de telecomunicações não é suficiente para classifi-

cá-los como serviços públicos, eis que, no cenário atual, alguns desses serviços são de interesse restrito, e mesmo os de interesse coletivo têm uma forte característica de atividade econômica. Igual raciocínio é utilizável para dizer o porquê da não inserção das atividades enumeradas no inciso XII do mesmo artigo na categoria de serviço público.

Além do mais, considerar que o artigo 21 enumera serviços públicos é negar a possibilidade de que os Estados, Municípios e Distrito Federal possam prestá-los, por meio de sua máquina administrativa própria. E o próprio artigo 21 esclarece, quando diz, em seu inciso XIV, que compete à União “organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a *execução de serviços públicos*, por meio de fundo próprio”.

Já o elemento formal do conceito clássico de serviço público é de relevância controversa para o novo Direito Administrativo, mas a face mais expressiva da doutrina ainda considera o regime de Direito Público indispensável para caracterizar a natureza pública de uma atividade.

Bandeira de Mello nega veementemente a hipótese de prestação de serviço público sob regime de Direito Privado, afirmando que são dois os elementos componentes do serviço público: o “*substrato material*”, que consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados, e o “*traço formal*”, o regime de Direito Público. E assevera:

“(…) o primeiro elemento do serviço público é absolutamente insuficiente para configurá-lo, (...) tal substrato pode existir inúmeras vezes sem que, entretanto, se possa falar em serviço público. (...) Este só existirá se o regime de sua prestação for o regime administrativo, ou seja, se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública, em uma palavra, *atividade prestada sob regime de Direito Público*” (2000, p. 579).

E complementa, em nota explicativa:

“É por isso que noções como ‘serviço público econômico’, por exemplo, (isto é, serviço estatal prestado sob regime fundamentalmente de Direito Privado), não servem para nada. É possível que, talvez, possam interessar a economistas ou politólogos, mas para a área jurídica seu préstimo é nenhum. Antes, é pior do que nenhum, pois só podem induzir a confusões e causar equívocos aos menos avisados” (supra).

O regime de Direito Público é tido como essencial para a prestação de serviços públicos porque exige uma participação ativa do Estado na promoção, regulação e fiscalização dessas atividades. Durante a vigência da Administração Pública Burocrática, o Estado Social assumiu um sólido compromisso acerca da qualidade, universalidade e continuidade na prestação desses serviços.

Com a reforma do Estado, a Administração Gerencial lançou mão das parcerias com a iniciativa privada, o que não descaracterizou o interesse público envolvido no oferecimento de serviços adequados. No entanto, isso não quer dizer que a tutela desse interesse público requer que toda atividade antes desenvolvida pelo Estado continue a ser realizada sob regime público.

De volta ao artigo 175 da Constituição Federal, seu parágrafo único, inciso I, define que cabe à lei dispor sobre o regime jurídico das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público⁶. Com esse dispositivo, a Constituição Federal inequivocamente manifestou sua intenção de permitir a prestação do serviço público tanto em regime jurídico de direito privado quanto de direito público, por contrato de concessão e termo de permissão que, como explicitado acima, são os instrumentos adequados para delegar poderes de execução de serviço público.

As agências reguladoras e as demais autarquias de regime especial, como o CADE e o DNER, exercem a função protetora do

Estado junto aos serviços privatizados, a fim de garantir que a população não quedará desprovida de serviços eficientes. Exigir que todas as empresas trabalhassem sob regime público, no entanto, dificultaria o estabelecimento da concorrência tão estudada e idealizada no processo de desestatização.

A LGT, amparada pelas diretrizes constitucionais, organizou os serviços de telecomunicações em serviços de interesse restrito e serviço de interesse coletivo e, quanto ao regime jurídico de prestação desses serviços, permitiu que fossem explorados em regime público ou privado, deixando a cargo da ANATEL a sua regulação. Veremos agora qual a importância dessa disposição das atividades para o seu reconhecimento como serviços públicos.

O Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (Resolução nº 73/1998), em seu artigo 17, define serviço de telecomunicações de interesse coletivo: “é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação”, que será prestado em regime público ou privado, conforme definido pelo Poder Executivo por meio de Decreto.

O artigo 18, por sua vez, conceituou serviço de telecomunicações de interesse restrito como “aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação”, que, de acordo com o disposto no artigo 19 do mesmo diploma legal, só será prestado em regime de direito privado.

Essa diferenciação tem como finalidade delimitar a extensão do interesse público nos serviços de telecomunicações, para que a regulação a que se propôs a ANATEL possa funcionar de acordo com as necessidades da população, sem influenciar injustificadamente os serviços visados por uma quantidade reduzida de consumidores. Assim, os serviços de interesse coletivo estão

sujeitos a condicionamentos necessários para que sua exploração atenda aos interesses da coletividade, enquanto os serviços de interesse restrito só estão regulados a ponto de não permitir que sua prestação prejudique os interesses dessa mesma coletividade.

O ato da ANATEL nº 3.807, de 23 de junho de 1999, classificou os serviços de telecomunicações quanto aos interesses a que atendem, conforme determinou o artigo 62 da LGT. Considerou-se de interesse coletivo os serviços: telefônico fixo comutado, de TV a cabo, de distribuição de sinais Multiponto Multicanal, de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite, especial de televisão por assinatura, especial de radiochamada, avançado de mensagem, especial de radiorrecado, especial de frequência padrão, especial de boletim meteorológico, especial de sinais de horários, móvel global por satélite, radiocomunicação aeronáutica, móvel celular, rede de transporte de telecomunicações, móvel especializado, radiotáxi especializado e telestrada.

Os serviços classificados como de interesse privado foram: especial para fins científicos e experimentais, especial de radioautocine, limitado privado, limitado de radioestrada, limitado estações itinerantes, móvel privado, radiotáxi privado, radiochamada privado, redeprivado, móvel aeronáutico, rádio do cidadão e radioamador.

Entretanto, para alguns serviços de telecomunicações, o referido Ato da Anatel remeteu às características de abrangência e utilização a sua definição como de interesse coletivo ou de interesse restrito. São eles os serviços: especial de radiodeterminação, especial de supervisão e controle, especial de radioacesso, limitado especializado, rede especializado, circuito especializado e móvel marítimo.

Não é difícil perceber, após essa explanação, que os serviços de interesse restrito não configuram, de maneira alguma, serviços públicos, devido à sua baixa relevância

para o interesse público. É difícil classificar, porém, entre os serviços de interesse coletivo, quais os que poderiam ser considerados como tal.

Para resolver a questão colocada, remetamo-nos à disposição dos serviços de telecomunicação entre os prestados sob regime público ou privado. A LGT, em seu artigo 65, estabeleceu que cada modalidade de serviço será destinada à prestação exclusivamente no regime público ou privado, ou ainda concomitantemente nos dois regimes. O Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, já referido acima, conceitua, em seu artigo 13, serviços de telecomunicações explorados no regime público:

“(...) são aqueles cuja existência, universalização e continuidade *a própria União compromete-se a assegurar*, incluindo-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”,

mas assevera, em seu artigo 14, que

“os serviços de telecomunicações explorados no regime privado não estão sujeitos a obrigações de universalização e continuidade, *nem prestação assegurada pela União*”.

É certo que o compromisso da União em assegurar a universalização e continuidade é inerente ao regime de direito público para qualquer serviço público. No entanto, a LGT propôs ainda uma diferença inovadora para a distinção entre serviços públicos e privados, referente à *essencialidade* do serviço prestado. O §1º de seu artigo 65 assim dispõe: “não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, *sendo essenciais*, estejam sujeitas a deveres de universalização”. Significa dizer que se determinado serviço de telecomunicações de interesse coletivo é reconhecido como essencial, são intrínsecos à sua prestação deveres de universalização, característica que determina a aplicação do regime de direito público.

A tabela abaixo demonstra precisamente a diferença na prestação dos serviços de telecomunicações nos dois regimes e a intensidade da intervenção do Estado em cada

um deles, por meio das funções reguladora, organizadora, fiscalizadora e legisladora outorgadas à ANATEL pela Administração Federal⁷.

<i>Regime Público</i>	<i>Regime Privado</i>
As operadoras têm deveres de universalização e o Estado submete-se à continuidade	As operadoras não têm esses deveres
Necessidade de outorga para exploração do serviço	Não há outorga para exploração do serviço, mas apenas para direito de uso de bem público (frequências)
Regime de <i>price cap</i> durante pelo menos 3 anos	Liberdade de preços
Concessão ou permissão	Autorização
O direito de atuação nasce da outorga, que o Estado não é obrigado a dar	Tem direito de atuar desde que atenda requisitos eventualmente impostos
Licitação	Preenchimento das condições estabelecidas. Pode haver licitação no caso de limitação técnica (frequências)
Prazo: limitado conforme ato de outorga (20 anos no caso das concessionárias privatizadas do Sistema Telebrás)	Caráter permanente, exceto no caso de uso de frequências (prazo limitado) ou de interesse público
Obrigação de continuidade na prestação do serviço assegurada pelo Estado	Interferência estatal restrita à manutenção do mercado

É inevitável concluir que apenas os serviços de interesse coletivo prestados sob regime jurídico de direito público podem ser considerados serviços públicos. O forte caráter de atividade econômica contido nos serviços prestados sob regime privado nem mesmo permitem a intervenção direta da União na garantia do interesse público que os classificou como serviço de interesse coletivo.

A LGT determinou que os serviços prestados sob regime público devem ser delegados mediante contrato de concessão ou, quando de cunho transitório o serviço, perante termo de permissão, sendo ainda os serviços sob regime privado facultados mediante ato de autorização. Para as empresas autorizadas, em regra, não é exigida licitação para a obtenção do direito de exploração do serviço, exatamente porque a elas é conferido o papel fundamental de promover a competição no setor, diversificar a oferta de serviços e, assim, dar ao usuário alternativas de escolha, contribuindo ainda para

melhorar a qualidade dos serviços de telecomunicações. A missão das concessionárias, porém, é um tanto mais complexa.

O contrato de concessão impõe às empresas contratadas o dever de possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público aos serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica. Além disso, devem as concessionárias garantir a prestação ininterrupta dos serviços e a sua qualidade, sem paralisações injustificadas. Esses requisitos foram implantados pela própria LGT, que atribuiu às concessionárias de serviços de telecomunicações obrigações de universalização e continuidade, que se concretizaram por intermédio do Plano Geral de Metas para Universalização do STFC e do Plano Geral de Metas de qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado (Decreto nº 2.592/98 e Resolução nº 30/98, respectivamente).

As metas exigidas dos serviços prestados em regime público constituem o que o

inciso IV do artigo 175 da Constituição Federal definiu como a *obrigação de manter serviço adequado*⁸, que a lei de concessões, em seu artigo 6º, § 1º, conceitua como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”, e impõe sua necessária observância a todas as empresas concessionárias e permissionárias.

Desta feita, a concessão e a permissão cobram das empresas envolvidas atenção especial sobre a atividade por elas desenvolvidas, a fim de reprimir sua característica de atividade econômica, privada, em prol do grande interesse público envolvido nos serviços que se propõem a oferecer. Essa grande interferência da Administração Pública na prestação de serviços de telecomunicações por meio dos institutos da concessão e da permissão é que definem, em absoluto, o seu conteúdo de serviço público. Em outras palavras, *serviço público de telecomunicações é todo aquele prestado mediante contrato de concessão ou termo de permissão*.

Quanto aos serviços de telecomunicações submetidos ao regime público, a LGT se limitou a incluir entre os serviços prestados sob regime público as diversas modalidades de serviço telefônico fixo comutado, sem, contudo, restringir que outros serviços fossem incluídos nessa classificação. A delimitação fez-se pelo Decreto nº 2.534/98, denominado Plano Geral de Outorgas, que determinou o oferecimento do serviço telefônico fixo comutado nos regimes público e privado (art. 1º), aplicando-se aos demais serviços de telecomunicações o regime privado (art. 4º).

A exploração do serviço telefônico fixo comutado pode, então, ser delegada por meio de concessão ou permissão, submetendo a empresa prestadora ao regime de direito público e exigindo desta o cumprimento dos objetivos de universalização e continuidade, e ainda por meio de ato de autorização, sob regime privado, eximindo das empresas autorizadas as obrigações impostas a suas concorrentes de Direito Público.

Se não é exigida das empresas autorizadas do serviço telefônico fixo comutado, conhecidas como “empresas-espelho” e “empresas-espelinho”, a prestação do “serviço adequado” mencionado na Constituição, não se pode dizer que os serviços realizados por elas sejam concebidos como serviços públicos. Então, *são serviços públicos tão-somente os serviços prestados pelas empresas de telefonia fixa submetidas ao regime jurídico de direito público*.

Mas os contratos de concessão foram, contraditoriamente, também utilizados para delegar a exploração dos serviços de telefonia celular. A Lei Mínima, de julho de 1996, determinou que a prestação do serviço móvel aconteceria mediante outorga de concessão e embasou a licitação da Banda “B”, em abril de 1997. Mesmo depois das diretrizes introduzidas pela LGT ante a instabilidade do período de instalação do programa de privatização, a concessão foi ainda utilizada para delegar a exploração das empresas da Banda “A”, decorrentes da privatização do Sistema Telebrás. A grande maioria das empresas prestadoras de serviço celular é, destarte, concessionária de serviços de telecomunicações.

Já foi visto que o instituto da concessão é suficiente para definir a classificação de uma atividade como serviço público, principalmente no setor de telecomunicações, que obriga as concessionárias a garantirem a continuidade e universalização dos serviços prestados. Resta definir se a celebração do contrato de concessão afasta a liberdade conferida às empresas de telefonia celular, pela submissão destas ao regime privado determinada no Plano Geral de Outorgas. A LGT, em seu artigo 83, parágrafo único, assim explica a concessão de serviços de telecomunicações:

“(…) é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, *no regime público*, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras

receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar”.

A afirmação expressa na LGT de que a concessão de serviços de telecomunicações deve caracterizar submissão ao regime público afasta a hipótese do artigo 175, I, da Constituição Federal. Ou seja, definitivamente não é o caso de prestação de serviços públicos, mediante concessão, em regime jurídico de direito privado, porque a lei expressamente negou essa possibilidade. Assim, *as empresas concessionárias do serviço móvel celular são legítimas prestadoras de serviços públicos, sob regime jurídico de Direito Público* (embora o Plano Geral de Outorgas não tenha admitido essa possibilidade), e devem ser submetidas ao compromisso de universalização e continuidade de seus serviços, previsto no artigo 63, parágrafo único, da LGT⁹ embora o Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Telefônico Fixo Comutado e o Plano de Metas para a Universalização do STFC, como os nomes explicitam, só sejam aplicáveis ao serviço de telefonia fixa.

Em suma, serviço público de telecomunicações é todo serviço prestado mediante concessão ou permissão da Administração Pública, pelas empresas de serviço telefônico fixo comutado ou de serviço móvel celular submetidas ao regime jurídico de direito público.

Afigura-se viável tal conclusão, apesar de toda a dificuldade de conceituação e delimitação do que seria serviço público em meio à nova organização da Administração Pública brasileira. Muitos autores, inclusive, já abandonaram essa denominação, preferindo utilizar outros termos, como “serviço estatal”, “serviço governamental”, “serviço universal” ou “serviço de interesse coletivo”, mais abrangentes e menos comprometedores da atuação do Poder Público. No entanto, ainda possui relevância considerável o estudo do termo serviço público, porque ele compromete a delimitação de outros temas jurídicos de grande aplicação prática, como o conceito de “servidor público” e

a delegação de competência, pela Constituição Federal, das atividades estatais aos órgãos públicos e entes federados.

Nem tudo, portanto, é passível de modernização. Está certo que é necessário flexibilizar a interpretação de antigos institutos, ou até mesmo afrouxar o apego ao positivismo jurídico exacerbado, para garantir uma implementação efetiva da Administração Gerencial e de seus benefícios para o país. Contudo, não se pode permitir pendências e contradições que restrinjam os direitos da população ou provoquem dúvida e desconfiança quanto à extensão e os limites da cidadania.

É imprescindível a reconstrução do Direito Administrativo brasileiro em sua nova fase; uma reforma geral, ou ainda melhor, uma restauração minuciosa, delicada, incontroversa. O Estado de Direito, agora mais do que nunca consolidado, deve mais do que zelar pelos direitos constitucionais dos cidadãos. É sua obrigação fornecer meios para que eles próprios possam exercer a sua cidadania.

Notas

¹ *Redação original*: “Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações; (...)” *Nova redação*: “Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; (...)”.

² Art. 177 da CF/88: “Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluí-

dos; II – refinação do petróleo natural e estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo bruto de origem nacional ou de transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados (...).³

³ Idem.

⁴ Art. 21 da CF/88: “Compete à União: (...) XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...)”.

⁵ Ver nota explicativa nº 1.

⁶ Art. 175 da CF/88 (transcrito no parágrafo 46 deste texto), em seu parágrafo único: “A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

⁷ Inspirada em tabela publicada no Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, 1999.

⁸ Ver nota explicativa nº 6.

⁹ “Art. 63: Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. *Parágrafo único.* Serviços de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”.

Bibliografia

AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antônio Roberto Pires de; CAMPOS, André Nicolas de (colab.). *O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Esta-*

do. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, nov. 1995.

COELHO, F. U. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 192.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *O novo direito de telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FARENA, Duciran Van Marsen. Direito de acesso nos setores de eletricidade e telefonia. In: *Revista de Direito do Consumidor*, Belo Horizonte, n. 37, p. 219-228, jan./mar. 2001.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Polite. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Editora Rio, 1976.

GROTTI, D. A. M. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFIELD, C. A. (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40.

LIMANA, Amir. O processo de descentralização política-administrativa no Brasil. In: *Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidade de Barcelona, n. 45 (21), ago. 1999.

LOPEZ, M. Asuncion Torres Lopez. *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico: especial tratamiento de la telefonía móvil*. Madrid: Civitas, 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Independência e autonomia da Agência Nacional de Telecomunicações: imperativo legal. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [19 - ?], n. 30, v. 8, p. 211-221, jan./mar. 2000.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Evolução e paradigmas atuais da atuação empresarial estatal*. Ribeirão Preto: [199-?]. Disponível em: <http://www.netsite.com.br/elizeer/artigo1.htm>. Acesso em: 1 ago. 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e as suas características. In: *Revista de Direito Administrativo*, [19 - ?], n. 218, p. 71-91, out./dez. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos, comentários à lei nº 8.987, de*

- 13 de fevereiro de 1995, à lei n.º 9.074/95, das concessões do setor elétrico, com as alterações da lei n.º 9.648/98. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PANORAMA setorial da gazeta mercantil. *A indústria de equipamentos de telecomunicações*. Gazeta Mercantil, Campinas. 1999.
- PIMENTA, Carlos César. *A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais*. Florianópolis, 1998. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/biblioteca/artigos/arefgerdoest.html>. Acesso em: 1 ago. 2001.
- RAMOS, Marcelo de Matos. *Contratos de gestão: elementos de ligação entre os setores do Estado*. Brasília. Disponível em: <http://orbita.starmedia.com/~oadamastor/contrat.htm>. Acesso em: 1 ago. 2001.
- REALE, Miguel. Natureza jurídica da permissão e da autorização. In: *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- ROCHA, Amélia Soares da; TEIXEIRA, Juliana de Abreu. *Uma breve perspectiva da Lei n.º 9.472/97 e seus reflexos no direito das telecomunicações*. Fortaleza, [199-?]. Disponível em: http://www.fesac.org.br/art_09.html. Acesso em: 1 ago 2001.
- SALLUM JUNIOR, Brasília. O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo. In: *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 11, n. 2, 1999.
- SANCHES, Salvador Infante. *Centralização e descentralização da administração pública*. Terezina, [199-?]. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=334. Acesso em: 1 ago. 2001.
- SILVA, Altamiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: *Revista de Direito Administrativo*, [19- -?], n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.
- SILVA, Hélio Eduardo da. *Estado e reforma do Aparelho de Estado no Brasil: uma análise preliminar*. Brasília, [199-?]. Disponível em: <http://www.cee.ucb.br/RevistaEE/ano5no1/artigo01.htm>. Acesso em: 1 ago. 2001.
- VIANNA, Gaspar. *Privatização das telecomunicações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Notrya, 1993.

Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto

Lúcio Chamon Junior

De tempos em tempos, novas questões são trazidas à baila por Acórdãos dos Tribunais e, refletindo determinada tendência doutrinária ou posicionamento científico, permitem-nos, mais do que nunca, entender a importância da formação de uma argumentação jurídico-filosófica como pilar de uma decisão.

Assim é que, se tomarmos como exemplo a Alemanha, perceberemos que os debates em torno da noção de dolo eventual foram inflamados com a decisão de um caso pelo BGH: o de dois sujeitos que enforcaram um terceiro com uma correia de couro sem querer, todavia, matá-lo (cf. ROXIN, 1997, p. 424).

Esses casos são importantes como forma de alertar-nos para o fato de que o caso concreto apresentado e reconstruído argumentativamente (GÜNTHER, 1988, p. 229 et seq.) no bojo do processo serve como ponto de partida para discussões dogmáticas sempre elucidativas, especialmente nos *hard cases*, tomando aqui emprestadas as palavras de Ronald DWORKIN¹ (1999, p. 146 et seq.).

Nos últimos tempos, a doutrina brasileira se viu em polvorosa e a discussão se acendeu quando da decisão do TJRS que, seguindo o parecer do Procurador de Justiça para o caso, Lenio Streck, determinou uma releitura do § 4º, IV, do art. 155 do Código Penal brasileiro, a partir de uma pretensa interpretação constitucionalmente adequada.

Lúcio Chamon Junior é Professor de Sociologia Jurídica e Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Sete Lagoas. Membro fundador do Instituto de Ciências Penais — ICP em Belo Horizonte e Mestrando em Ciências Penais pela UFMG.

Estabelece o Código Penal, no que diz respeito ao *crime de furto*, que, uma vez este cometido mediante concurso de pessoas, essa circunstância qualifica o crime conseqüentemente aumentando não só o máximo, mas também o mínimo abstratamente cominado à figura simples do *caput*. Assim é que o furto simples tem cominada pena mínima de um e máxima de quatro anos, tendo a forma qualificada nos moldes do § 4º do mesmo artigo pena mínima de dois e máxima de oito anos. Percebe-se, assim, nitidamente, que a pena do furto qualificado abstratamente prevista é, em linguagem matemática, duas vezes maior tanto no que diz respeito ao mínimo bem como ao máximo.

Por outro lado, o texto legal, no art. 157, traz-nos que o concurso de pessoas quando do *crime de roubo* não permite a verificação de qualificação, mas sim de uma causa de aumento de pena que pode majorá-la, de acordo com o caso concreto, de um terço à metade — § 2º. Devemos, então, ressaltar que a pena privativa de liberdade cominada ao roubo simples, ao qual se aplica a referida majorante, é mínima de quatro e máxima de dez anos de reclusão. A título de esclarecimento, mas sem referência direta com o caso, alertamos também para a existência da figura do roubo qualificado. Trata-se do chamado latrocínio pela doutrina e se encontra regulamentado no § 3º do então artigo.

Constata-se, portanto, que, enquanto o concurso de pessoas no furto duplica a pena, qualificando o fato, por sua vez no roubo há um aumento de pena de um terço à metade, sem influir em qualquer mínimo ou máximo abstratamente cominados.

Isso levou o eminente Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul a entender que uma leitura que mantivesse a qualificação legalmente definida seria inconstitucional justamente por não respeitar uma compreensão constitucional, vez que violado estaria o princípio da isonomia. Entendimento esse foi seguido pelo acórdão do Tribunal daquele Estado, já fazendo surgir ecos em

terras distantes, como no Tribunal de Alçada de Minas Gerais².

Adiante, realizaremos a reconstrução da argumentação desenvolvida por Streck de maneira a assinalar os pontos mais relevantes para a discussão, bem como a devida divergência existente entre o TJRS — e o referente Procurador — e o entendimento do Desembargador de Minas.

Pautando-se em uma leitura principiológica do Direito, o parecerista do caso entende que mantida e desenvolvida deve ser a chamada “constitucionalização do direito penal”. É assim que pretende levar adiante a interpretação da qualificadora em apreço e nessa trilha é desenvolvido o seu raciocínio.

Nesse sentido, afirma o autor que entende “a partir da doutrina de Friedrich Müller, Eros Roberto Grau e H. G. Gadamer que a *norma* é sempre o resultado da interpretação de um *texto* jurídico”. É verdade que norma não é o texto legal, mas capaz de ser obtida mediante interpretação de texto legal, sem todavia se esgotar o Direito neste. A problemática de uma tentativa reducionista, como a que pode advir de uma interpretação equivocada do trecho citado, centra-se no fato de que o leitor menos atento pode ser levado a confundir norma como sempre referente a um texto (lei), o que, todavia, não pode ser considerado, sobretudo após o giro hermenêutico realizado por Dworkin em que não mais se entende o ordenamento como formado por tão-somente regras — como pretendeu Kelsen³ (1996, p. 215 et seq.) —, mas sim composto de regras e princípios, sendo estes entendidos enquanto fruto de uma história social reinterpretada criticamente.

Parece-nos, todavia, que é nesse sentido, o de *uma* visão principiológica, que o autor pretendeu sua argumentação, pois refere-se, sempre, ao princípio da isonomia e ao princípio da proporcionalidade como centrais para a superação da controvérsia. Tanto é verdade que o Procurador afirma seguir e acompanhar a moderna teoria constitucio-

nal, mencionando Canotilho, Hesse, Müller e Bandeira de Mello, entre outros.

Voltando à comparação do furto frente ao roubo, afirmou outrora o autor que “o que muda é tão-somente a denominação; *no caso de furto, o concurso de pessoas é chamado de qualificadora; no caso do roubo, a participação de mais de duas pessoas é chamada causa de aumento de pena...*”. Destarte, para Streck, no caso em tela há uma diferença tão-somente de nomenclatura, sem qualquer reflexo dogmático, sendo que, apresentando-se substancialmente semelhantes, também o mesmo tratamento deveria ser dispensado tanto a uma quanto à outra.

Continua na construção do raciocínio afirmando que tais elementos não de ser interpretados e aplicados tendo em vista o princípio da isonomia: enfim, deveria o Judiciário “elaborar uma *releitura* das leis sob os parâmetros da devida proporcionalidade prevista na Constituição Federal”. A razão da necessidade de uma proporcionalidade reside, para o autor, não somente no fato de ambas causas que elevam a pena se referirem ao concurso de pessoas, mas, mais que isso, repita-se, por possuírem a mesma “natureza jurídica”, tratando as diferenças como meras distinções de nomenclatura.

A proporção, pela argumentação erigida, deve haver em decorrência da igualdade de situações. Pleiteando a inconstitucionalidade do art. 155, § 4º, IV, traz-nos ainda o fato de que no furto o concurso de pessoas coloca em risco somente o patrimônio, enquanto no roubo “a presença de mais pessoas coloca em risco sobretudo a integridade física da vítima. Não obstante isto, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física”.

Mais adiante, o raciocínio nos remete à conclusão alcançada: em desrespeito ao princípio da isonomia — em razão da não existência de proporcionalidade entre elementos iguais, ainda que em circunstâncias distintas —, a qualificadora específica do furto, embora vigente, não é válida. Isso porque, para o autor, o crime de roubo, sendo

mais gravoso que o furto, permite que a pena seja aumentada tão-somente de um terço à metade, quando no furto, em que a gravidade seria menor, a pena estaria duplicada pelo mesmo fato. “De maneira bem mais simples, pode-se dizer que, para o ‘legislador’ brasileiro, cometer um furto mediante participação de mais de uma pessoa é circunstância mais gravosa que cometer um roubo em circunstâncias semelhantes!!!”

Quando da conclusão, afirmou ainda que,

“enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias readaptações legislativas, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, efetuar as correções das leis, utilizando-se dos modernos mecanismos hermenêuticos, como a interpretação conforme à Constituição...”.

E, por concluir, entende que não se pode aplicar o § 4º, IV, do art. 155, mas que, em total respeito a uma interpretação constitucionalmente adequada, deve-se aplicar, *mediante emprego da analogia*, quando da ocorrência de concurso de pessoas no crime de furto, o aumento estabelecido para a figura de concurso prevista no art. 157, § 2º.

O Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, Relator do caso, não só adota a posição de Streck, como também doutrina, no sentido de que o princípio da isonomia — “*isos-* igual, e *nomos-* lei: quer dizer igualdade perante a lei” — deve ser seguido, rechaçando a aplicação da qualificadora. Pretendendo uma análise textual, alcança o Desembargador-Relator uma conclusão fácil: “Tudo idêntico: no qualificar, no furto, e no majorar, no roubo, ‘concurso de duas ou mais pessoas’”. Porém, o eminente magistrado se depara, ao seu ver, com situação insuportável, já que “os iguais são tratados, pois, desigualmente”, porque, enquanto o concurso no furto duplica a pena, quando do roubo, tão-somente a majora no máximo até a metade.

“Aliás — argumenta ainda o Desembargador-Relator — estaria até justificado se ocorresse o inverso: roubo, delito mais sério ao agredir violentamente a pessoa, mereceria (estaria justificado, leia-se) até percentual maior (leia-se pena mais forte) do que furto”.

No mais, segue o entendimento do Procurador de Justiça, aceitando a aplicação analógica do § 2º do art. 157. No mesmo sentido, e de acordo, posiciona-se o Presidente, e Revisor, Desembargador Paulo Moacir Aguiar Vieira.

Já o Desembargador-Vogal Aramis Nassif, embora se alinhe também no sentido de todos acima citados, teve seu entendimento modificado, pois, antes, rejeitava a tese. Em momentos anteriores, o então Desembargador-Vogal lembrava que, se qualificado fosse o crime de roubo nos moldes e circunstâncias do furto, alcançar-se-ia pena cujo *quantum* seria

“inviável, injusto e desproporcional (...) Este o valor que o legislador quis evitar: a pena para o roubo em patamar tão elevado, se qualificado fosse. Vejo, na distinção entre qualificadora e causa de aumento, a inteligência do legislador para evitar o dano penal ao condenado pela rapina violenta”.

Quando da conclusão de seu posicionamento *anterior*, colava ainda um trecho de Figueiredo Dias, em que este, sendo daquela melhor linhagem lusitana, afirma que continua “a preferir os caminhos da dogmática que aí está e progride à sedução de ‘dogmáticas alternativas’ que se podem, a todo momento, volver em alternativas à dogmática, incompatíveis com a regra do Estado de Direito...”.

Todavia, também seduzido pelos argumentos do Procurador e demais julgadores do caso, acabou por entender que há de se aplicar a analogia, vez que no roubo a circunstância é mais grave e permite aumento de pena proporcionalmente inferior ao furto.

Assim é que o Acórdão da Apelação Criminal n. 70000284455 da 5ª Câmara Criminal do TJRS foi, pela unanimidade, pela não aplicação da qualificação, mas sim pela interpretação que lança mão da analogia para “beneficiar” o réu.

Em sentido *semelhante*, temos o Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, que, na Apelação Criminal n. 313.0121 julgada pelo TAMG, também entendeu que inconstitucional seria a qualificadora do furto:

“Acontece que, malgrado a clara proximidade entre as hipóteses aqui tratadas (furto qualificado por concurso de agentes e roubo majorado pela mesma condição), a lei ordinária a elas dispensa tratamento injustificadamente desigual e, por isso, deixa de merecer aplicação mediante uma *interpretação conforme à Constituição*”.

Divergindo, porém, do Acórdão gaúcho, entendeu o julgador mineiro que não se deve pretender a aplicação do aumento de pena estabelecido para o roubo visto que se trataria de analogia *in mallan partem*. A esse ponto retornaremos adiante.

Realmente, a elaboração doutrinária realizada pelo culto Procurador do Rio Grande do Sul é digna de ser reconhecida como uma efetiva tentativa de realizar uma interpretação constitucionalmente adequada. Para tanto, lança mão de autores respeitados e cujas lições não podem ser desconsideradas quando de uma reconstrução paradigmática de questões tocantes ao Direito.

Todavia, e aqui se encontra nosso primeiro ponto divergente frente aos escritos ora sob análise, preferimos seguir corrente doutrinária que julgamos mais acertada para um enfoque aos moldes de um Estado Democrático de Direito. Ao lançar mão de autores como Canotilho e Bandeira de Mello, exemplificadamente, o autor realiza uma análise sob um pano de fundo não mais adequado e de acordo com o momento atual do Direito.

A importância de um paradigma se deve ao fato de que é este o “cenário” intersubje-

tivamente compartilhado, significando, segundo Klaus Günther, que “un paradigme contient une interprétation globale cohérente des normes et des interprétations normatives relatives à certaines descriptions généralisées de situation” (1992, p. 269-297). Assim é que Habermas (1987, p. 31), desde a sua *Teoría de la acción comunicativa*, explicitava-se no sentido de ser o *mundo da vida* “delimitado por la totalidad de las interpretaciones que son presupuestas por los participantes como un saber de fondo”⁴. Não distante está Günther quando complementa: “L’interprétation globale cohérente est liée à un ensemble déterminé d’interprétations de situation généralisées et colectivamente partagées” (1992, p. 269-297).

Assim, se pretendemos realizar uma resposta no mínimo compromissada ao Estado Democrático de Direito, devemos trilhar o caminho aberto por R. Dworkin, K. Günther e J. Habermas. A teoria da interpretação de R. Alexy (1997, p. 136) entendemos ser inadequada a um Estado Democrático de Direito porque é típica de um Estado de Bem-Estar Social: ao tratar os princípios jurídicos como comandos de otimização — ponderáveis no caso concreto —, o autor realiza uma leitura *eticizante* do Direito. Ao pretender referida leitura, estar-se-ia retornando ao Estado de Bem-Estar em que aquilo que era bom *para nós*, como grupo social, é que guiava não só o debate justificante, mas também o de aplicação jurídica. Nesse sentido, por exemplo, é também a doutrina de Canotilho (1993, p. 171 et seq.), que parece seguir toda a tradição antes reinante no Tribunal Constitucional Alemão e que se convencionou chamar de “Jurisprudência dos Valores”. Suponhamos que em determinado caso concreto certo sujeito, ao tentar subtrair o carro de uma casa, vê-se surpreendido pelo dono do automóvel, que, disparando contra o veículo, vem a matar dolosamente o assaltante. Se tratarmos essa questão como uma ponderação de valores, estaremos, sem dúvida alguma, abrindo no mínimo margem para a indeterminação absolu-

ta: o que *vale* mais nesse caso, a vida ou o patrimônio? Pior que isso, estar-se-ia permitindo a infiltração de uma hierarquia de valores no campo de Direito, significando uma mutação insuportável do código do Direito que é binário (Habermas) e não gradual como pretende Alexy. Essa orientação tem raízes na filosofia fenomenológica de M. Scheller e N. Hartmann, donde se poderia concluir que a teoria de H. Welzel é também típica desse período, o que pode ser refletido por sua noção do fim do Direito Penal como tutela dos bens ético-socialmente valiosos: “El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales) (...) La misión central del Derecho Penal reside, pues, en *asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto...*” (1976, p. 12).

Após essa breve incursão, devemos ainda nos distanciar de uma outra leitura realizada pelo parecerista. Ao pretender impor ao Direito Penal uma palpável medida proporcional entre as fases de aplicação da pena, o autor permite-nos verificar quão impregnado é ainda o pensamento do Direito pelo positivismo.

Não dizemos aqui que o pano de fundo da discussão instaurada seja o positivismo, mesmo porque isso seria um equívoco de nossa parte, já que com o próprio positivismo uma leitura principiológica como a pretendida por Streck jamais seria possível: basta lembrarmos da teoria de Kelsen e sua falta de operacionalidade quando presentes novos elementos não textualmente explícitos.

Por outro lado, o eminente Procurador, ao se voltar a questões de proporcionalidade, “perigosidade” e “gravidade” dos crimes e respectivas penas, esquece-se de que é extremamente inviável trabalhar com determinadas categorias em abstrato no campo de aplicação do Direito. É o caso concreto e as circunstâncias concretas reconstruídas argumentativamente no curso do processo que nos permitem concluir pela interpretação das características do próprio fato⁵.

Uma pretensa equiparação e ponderação em níveis abstratos é tão difícil que nos faz lembrar determinada crítica imposta à teoria da interpretação de Kelsen. Para este a interpretação pela Ciência do Direito — como ato de conhecimento — não faria mais que determinar a moldura de todas leituras possíveis de determinada norma levando em consideração o sentido das palavras em suas múltiplas conexões e sem qualquer referência ao caso concreto (1996, p. 387 et seq.). A interpretação seria uma atividade que iria pretender esgotar as múltiplas leituras possíveis de determinado texto.

A falha desse pensamento, como assevera Neuenschwander Magalhães (1999, p. 429 et seq.), encontra-se no fato de ser impossível, *a priori*, estabelecer todos os sentidos possíveis de certo texto. Seguindo uma linha bem ao gosto da filosofia analítica, Kelsen se esquece de que, em abstrato, e sem o alicerce fornecido pelo caso concreto, é impossível estabelecer o sentido atribuível a determinada norma, isto é, interpretá-la.

Destarte, em certa medida cabe a mesma crítica à análise realizada pelo Procurador e seguida pelo TJRS. Não obstante esse ponto, outro que nos faz ainda lembrar o positivismo: era comum sob esse paradigma científico lidar com aquilo capaz de ser medido, mensurado, pesado e determinado, muito em razão da influência exercida pelas ciências naturais e exatas daquele período. Todavia, e agora décadas à frente desse raciocínio, devemos lembrar que a Ciência, como um subsistema social (Luhmann), não mais se submete a compreensões semelhantes às do positivismo, seja em razão, justamente, da evolução do sistema, no sentido da teoria luhmanniana, seja em função de um rompimento paradigmático, em uma compreensão habermasiana. O pensamento positivista se vinculava a questões matemáticas como maneira de garantir e afirmar o caráter científico do estudo do Direito, mas com isso não realizava mais que uma “sessão de análise” na pretensão de alcançar uma auto-afirmação.

Superada essas duas questões fundamentais, podemos adentrar à análise do caso concreto. Defendendo a aplicação do princípio da isonomia, Streck conclui que tanto a qualificadora quanto a causa de aumento teriam, ao menos no caso concreto, a mesma “natureza jurídica”.

Tentando aqui superar a utilização de termos como “natureza jurídica”, que nada mais refletem a tentativa fracassada da modernidade em classificar — como as ciências biológicas? — os institutos jurídicos de acordo com suas características, navegaremos por outros argumentos. Primeiramente não se pode pretender enxergar como iguais aquilo que não os são. A qualificadora, ao elevar o mínimo e o máximo de uma pena abstratamente cominada, porque legalmente determinada, incide em uma das três fases de dosimetria quantitativa da pena. Automaticamente está, então, vinculado o juiz a analisar as questões — circunstâncias judiciais do art. 59 — e determinar a pena-base sob a ótica do novo *quantum* determinado pela qualificadora (LOPES, 1993, p. 220 et seq.).

A causa de aumento, por sua vez, vem a ser aplicada na terceira fase, sendo geralmente representada por frações ou múltiplos. A razão disso decorreu do fato de se ter adotado na legislação pátria, como é sabido, o sistema tripartido de pena (N. Hungria) em prejuízo ao sistema bipartido (R. Lyra).

Mediante uma simples olhadela, pode-se perceber que não se trata de institutos iguais, que mereçam um tratamento igual. Isso porque enquanto a causa de aumento pode elevar a pena para além do máximo cominado, a qualificadora tem tão-somente o condão de elevar *esse* máximo. Além disso, determinada causa de aumento pode até deixar de ser aplicada pelo juiz se concorrente com outra também cominada na Parte Especial. Por outro lado, é impossível deixar de aplicar a qualificadora quando ocorra a circunstância descrita tipicamente. Essas são algumas características que nos permitem constatar que ambos institutos não

podem ser tratados de maneira idêntica, pois, como brevemente analisado, não se trata de estruturas similares.

Não obstante, o parecerista entende que tais institutos, no caso concreto, deveriam ser enfocados sob o princípio da isonomia, sendo considerada inconstitucional a norma oriunda do art. 155, § 4º, IV, pela violação ao princípio da proporcionalidade frente ao art. 157, § 2º.

Aqui devemos retomar a linha anteriormente iniciada: além de ser inadequado um pensamento em abstrato, outra questão se faz pertinente: o que é “proporcionalidade”⁶? Podemos compreender esta como adequação dos meios aos fins, ou ainda, como uma estrita *correspondência* entre elementos iguais. Se entendêssemos proporcionalidade como adequação dos meios aos fins, teríamos que desenvolver uma teoria sobre a pena e, muito longe de ser a questão em discussão, não é nossa pretensão. Se compreendermos proporcionalidade de acordo com o segundo sentido, também nada serve para a solução do caso, porque circunstância qualificadora e causa de aumento de pena são institutos bem diferentes. Nesse sentido, poder-se-ia, então, falar em proporcionalidade entre elementos diferentes. Todavia, o equívoco é manifesto: não se pode submeter a uma mesma medida aquilo que possui padrões de mensuração diversos. Não há como se referir a proporcionalidade entre institutos distintos e, além disso, em abstrato. É claro que, em determinada hipótese concreta, poder-se-ia alegar que a multa cumulativamente aplicada seria “desproporcional” à pena privativa de liberdade determinada. Na verdade, o que nesses casos ocorre é uma aplicação *inadequada* das sanções abstratamente previstas, tendo como substrato o caso reconstruído no desenrolar do processo. A utilização de expressões matemáticas, como “proporcional” em casos como este, remete-nos ao pensamento positivista e de base iluminista.

O que mais nos impede de concordar é a impossibilidade de se estabelecer uma equa-

ção, fórmula ou função que nos permita encontrar a devida proporção, quanto mais entre elementos heterogêneos. Além disso, a putativa controvérsia existente se dá pelo fato de se operacionalizar em nível abstrato.

Se imaginarmos duas situações concretas e exemplificativas, porém possíveis de ocorrer, podemos refutar a preocupação do parecerista no sentido de que o “legislador” estaria considerando “mais grave” o concurso de pessoas no caso do furto.

Suponhamos que no exemplo 1 (E₁) o sujeito-agente, juntamente com seus comparsas, subtrai do quintal de determinada pessoa bens de pequeno valor, mas capazes de permitir a aplicação do art. 155. Não possuindo o réu maus antecedentes, tendo sido pequeno o prejuízo da vítima, sendo favoráveis todas as demais circunstâncias judiciais, além de não existir qualquer agravante ou atenuante, bem como causas de aumento ou de diminuição, a pena aplicada seria de dois anos.

Imaginando situação quanto ao crime de roubo em que a aplicação se daria no mínimo, no que tange à pena-base e causa de aumento (mínimo de $\frac{1}{3}$), a pena aplicada seria de cinco anos e quatro meses (E₂).

Levando-se em consideração dois casos-problema hipotéticos (E₁ e E₂), embora plenamente possíveis de serem verificados na prática, podemos perceber que, frente à pena determinada pelo *caput* dos arts. 155 e 157, o acréscimo quando do roubo foi superior ao do furto em quatro meses.

Não queremos com isso estabelecer qualquer relação de proporção, mas, pelo contrário, refutar dito princípio nessa seara, pois isso poderia permitir entendimentos como o do autor que, repita-se, outrora afirmou que “para o ‘legislador’ brasileiro, cometer um furto mediante participação de mais de uma pessoa é circunstância mais gravosa que cometer um roubo em circunstâncias semelhantes!!!” Quando se parte para uma análise que leva em consideração dados concretos, pode-se perceber que a assertiva acima não é adequada, mesmo por-

que é tão-somente o caso concreto que serve de alicerce ao juiz na aplicação de determinada norma, e não qualquer regra de proporcionalidade, mas sim um juízo de *adequabilidade* — *appropriateness* (Günther).

Percebe-se, portanto, que, de um ponto de vista que leve em consideração o fato concreto, isto é, uma perspectiva de aplicação normativa, não há a pretendida discrepância como outrora levantada e questionada. A razão de alcançarmos essa conclusão funda-se, sobretudo, pela via de análise do caso concreto.

Assim, observa-se que, sob a perspectiva de um discurso de aplicação, o fato há que ser, em primeiro momento, completamente descrito argumentativamente no bojo do processo, sendo que, em um segundo nível, há que ser verificada a coerência normativa, equivalendo dizer que deverá ser, em uma visão deontológica, aplicada a norma, ou normas, adequada àquele caso concreto. É essa a tese de Klaus GÜNTHER (1988, p. 229 et seq.) segundo a qual conflitos normativos — exceto aqueles logicamente inconsistentes⁷ — “are not foreseeable since we know neither all application situations nor all the possible constellations of features in situations” (p. 239).

Destarte, como concluído anteriormente, não há como, sob a égide de um discurso de aplicação, com a devida exceção ressaltada, trabalhar com um conflito abstrato de normas, pois, como normas *prima facie* aplicáveis a um caso concreto, devem as mesmas ser interpretadas, e consideradas concorrentes, frente ao caso concreto.

Não há qualquer inconsistência lógica quando observamos o princípio da isonomia e a qualificadora do furto ou a causa de aumento do roubo. Superando uma leitura de solução de controvérsias sob uma perspectiva de certo modo positivista, percebemos que o caso concreto em muito pode-nos ajudar.

Todavia, o conflito de normas em um determinado caso há que ser trabalhado, argumentativamente, no que diz respeito ao

plano de adequabilidade àquele caso determinado, e não se pode referir, como discurso de aplicação, à *justificação* daquela mesma norma. “The conflict of norms cannot be reconstructed as a conflict of validity claims because conflicting norms or competing semantic variants enter a relation with one another only in a concrete situation” (GÜNTHER, 1988, p. 239).

Diferentemente do discurso de aplicação, que diz respeito ao juízo de adequabilidade — *sense of appropriateness* —, o discurso de justificação traz à tona razões que, como o próprio nome já nos permite concluir, justificam não só a validade da norma, como também a própria norma.

Uma vez levantado pelo parecerista que o “texto da lei (art. 155, § 4º, IV, do Código Penal) continua vigente; sua *validade*, porém, é que vem confortada por uma interpretação constitucional” (grifo nosso), vale a pena compreender o discurso de justificação. É certo que a validade de determinada norma há que ser aferida perante a Constituição, enfim, perante o Direito entendido como um sistema constituído não só de regras, mas também de princípios.

Em um discurso de justificação adentram todas aquelas questões que, perante o Direito, isto é, mediante de uma produção jurídica do próprio Direito, apresentam razões capazes de justificar a *validade*, no sentido de que são razões que preenchem a discussão de produção *por meio das condições institucionais de um “devido processo democrático”*. Não se deve, portanto, confundir o fato de que a validade da norma é aferida perante o Direito e não frente a razões que penetram a discussão democrática.

O discurso de justificação não pode ser, também, confundido com o discurso de aplicação, pois isso pode permitir inadequadas compreensões acerca daquilo *devido* em um caso concreto: exemplo disso é a teoria de Alexy que, embora pretenda uma aplicação deontológica, realiza uma leitura axiológica. Para ALEXY (1993, p. 9 et seq.), os princípios, partindo de uma crítica a Dworkin,

seriam comandos de otimização, cuja aplicação, no caso concreto, estaria determinada pela atratividade — “interessante ou não” — frente a outros princípios. A problemática dessa concepção — seguida inclusive por Canotilho — é o tratamento dispensado aos princípios como valores — aquilo mais “interessante” ou “atrativo” — e não como normas — aquilo que é “devido”⁸.

Essa maneira de pretender a construção de uma teoria da interpretação pode até ser paradigmaticamente enfocada sob a ótica de um Estado de Bem-Estar Social, época que influenciou e permitiu o surgimento da “Jurisprudência dos Valores” na Corte Constitucional Alemã. Todavia, essa perspectiva é extremamente *eticizante*, típica do *Welfare State*. A visão republicanista marcava esse paradigma, sendo que, como afirma Habermas, naquele período “la política se concibe como una forma de reflexión de un entramado de vida ético”(1999, p. 231). A visão de mundo daquele período era marcada por um alargamento do ético: daquilo que é interessante, bom, gera bem-estar a *nós* considerados como *determinado* grupo. A pluralidade existente era subjugada a um segundo plano e não considerada sequer quando da aplicação do Direito, já que típica era uma leitura axiológica que refletia a então visão de mundo compartilhada. Nesse sentido, e exemplificadamente, pode-se perceber, na doutrina penal, a já referida teoria do bem jurídico desenvolvida por Welzel, bem como ainda a teoria da culpabilidade levada a cabo, em sua última forma, por E. MEZGER (1956, p. 195-217).

Pois bem, em um Estado Democrático de Direito a interpretação jurídica não mais pode ser concebida como um exercício ético, senão como uma aplicação do Direito adequada ao próprio Direito, no sentido de que a norma, diferentemente de Alexy, há que ser entendida como norma (devido) e não como valor (atrativo).

A discussão de questões éticas, repitadamente, daquilo que é *bom* e que também se refere a projetos de auto-realização, não deixa de

ser relevante, mas, atente-se, há que ser levada em consideração em um discurso de justificação da norma. Os valores existentes em uma sociedade como a atual são múltiplos: não se pode falar em perda de valores ou em sua rarefação. Se se proceder dessa forma, estar-se-á atuando de acordo com uma visão típica do Estado de Bem-Estar: a pressuposição de um *standard* a ser seguido como o “correto” na vida ética — e também jurídica, por via de consequência. Na consideração de um pluralismo, valores não que ser levados em conta quando de uma discussão, *v.g.*, legislativa, mas não judicial.

Além de razões éticas, no discurso de justificação também se fazem presentes razões pragmáticas e morais. Enquanto as razões éticas dizem respeito àquilo que é *bom* ao grupo, as razões morais pretendem-se referir ao justo, *a todos*. Quanto às razões pragmáticas, podemos entendê-las como referentes a questões políticas, econômicas, educacionais, etc. Todavia, não se pretende afirmar aqui que qualquer razão pragmática seja, *v.g.*, alheia a questões éticas: nada nos impede verificar a implementação de uma política de bem-estar, que leve em consideração uma leitura de meios e fins e também de projetos de auto-realização.

Dessa forma, razões pragmáticas, éticas e morais são capazes de justificar a norma. Tais razões, e aqui fazemos bem em explicitar, não concedem de *per si* a validade, uma vez que esta há que ser aferida perante o *Direito*, mas que, justamente, permite-nos justificar a norma válida.

Assim, se empregarmos duas expressões da teoria dos sistemas de Luhmann, embora seja esta epistemologicamente e de orientação distinta ao raciocínio aqui desenvolvido, podemos elucidar o que estamos a afirmar.

Se a sociedade moderna é uma sociedade complexa, no sentido de existirem inúmeras possibilidades a serem levadas em conta e selecionadas pelo sistema social, o fato de esse mesmo sistema selecionar, em determinada situação, uma *única* alternati-

va entre as várias existentes demonstra que os sistemas sociais modernos são contingentes, no sentido de que poderia esse mesmo sistema ter selecionado outra que não aquela alternativa. Assim, complexidade — existência de várias possibilidades — e contingência — que se refere a um não estabelecimento de uma relação de causalidade e necessidade — são duas noções inerentes à modernidade. Nesse sentido, sendo o Direito, para LUHMANN (1983, p. 45), um sistema social funcionalmente diferenciado de todos os demais subsistemas sociais, também será, portanto, um sistema complexo e contingente⁹.

Podemos, então, afirmar que o fato de o Legislativo ter, pelo devido processo legislativo, orientado-se no sentido de reconhecer determinada expectativa, isso se deu em um contexto complexo. Equivale dizer que a expectativa normativa, outra expressão de Luhmann, chancelada poderia não ter sido a adotada, e sim uma outra — o que inclusive demonstra o paradoxo do sistema social.

Destarte, retomando a linha de discussão até então traçada, podemos perceber que as razões pragmáticas, éticas e morais podem, historicamente, justificar determinada orientação legislativa. Todavia, uma vez que a norma válida e justificada por um devido processo legislativo será considerada válida perante o Direito, não há que se pretender descartar qualquer discurso de justificação da própria norma. É claro que não se pode pretender fazer do discurso de aplicação, no curso do processo, uma discussão acerca de razões políticas (cf. DWORKIN, 1999a, p. 147 et seq., 1999b, p. 261-269. cf. ainda HABERMAS, 1998, p. 274 et seq.) ou éticas, mas isso não nos impede trazer razões que, ainda que novas, permitam-nos justificar essa mesma norma válida frente a diversas outras razões, v.g., políticas.

É aqui que se faz interessante a análise da política criminal como conjunto de argumentos que podem ser levados em consideração na discussão acerca do reconhecimento legislativo de determinada expectativa de

comportamento. Fácil é perceber, muito embora em nosso país seja impossível verificar uma linha, sequer, de política criminal, que, quando da discussão no fabrico de um diploma legislativo penal, sempre são invocadas as chamadas “razões de política criminal”. Como razões pragmáticas, podem sempre se referir a um discurso de justificação, mas não de aplicação. É nesse sentido que está a merecer uma releitura, sob essa perspectiva, a teoria de Claus Roxin¹⁰, no que tange à pretensão de vincular o juízo de culpabilidade a questões de política criminal sempre determinadas, e abertas, no caso concreto.

Como dito, razões pragmáticas, ainda que posteriores ao diploma, podem justificar a norma, na medida em que demonstra esta ser adequada não em um sentido aplicativo, mas à estabilização de expectativas por meio do próprio Direito Penal. Tais razões, ao justificarem a norma, servem, igualmente, como contra-razões a uma possível discussão em torno de uma pretensa *mudança legislativa* da própria norma em questão.

Se seguirmos seja a posição do TJRS, seja o posicionamento mais cauteloso do Desembargador do TAMG, perceberemos que haverá a desclassificação do furto qualificado para o furto simples (art. 155, *caput*). A pena mínima aplicada ao furto simples é de um ano, enquanto ao furto qualificado o *quantum* mínimo abstratamente previsto é de dois anos.

A Constituição da República, em seu art. 98, I, estabeleceu que deverão os Estados e a União, de acordo com as respectivas competências, criar juizados especiais para que, no que importa, tenham por competência o julgamento e a execução no tocante a infrações penais de menor potencial ofensivo. Dito mandamento constitucional culminou, em 1995, com a promulgação da Lei 9.099/95, que, justamente, dispõe sobre juizados especiais criminais e cíveis.

No art. 61 da referida Lei, está determinado que

“infrações penais de menor potencial ofensivo para os efeitos desta Lei [são] as contravenções penais e os crimes a

que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Nesse sentido, é bastante elucidativo o fato de que o furto, ainda que em sua forma simples, não se trata de uma infração de pequeno potencial ofensivo. Mas, por outro lado, é possível ao mesmo ser aplicada a disposição existente no art. 89 e que diz respeito à suspensão condicional do processo:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)”.

Muito longe de aqui pretendermos discorrer sobre o instituto da suspensão condicional do processo, queremos três aspectos ressaltar. O primeiro diz respeito à expressão “pena mínima cominada”. A pena mínima cominada, embora muitos assim possam não entender, trata-se do *quantum* determinado de maneira abstrata e que servirá de parâmetro, juntamente com o máximo cominado, à aplicação da pena-base nos moldes ordenados pelo art. 59 do Código Penal. Não se soma aqui qualquer eventual causa de aumento ou possíveis agravantes: estar-se-ia atropelando toda a discussão e descrição completa do caso a serem feitas processualmente, em nítida inadequação interpretativa, bem como em desrespeito ao princípio da presunção da inocência. Quando o texto se refere à pena *cominada*, trata-se daquela em *abstrato* determinada, e pretender considerar qualquer causa de aumento não é mais ater-se ao cominado, mas ilicitamente proceder à terceira fase de aplicação de pena.

O segundo ponto trata da infelicidade do texto legal ao se referir ao Ministério Pú-

blico como possivelmente único legitimado a propor a suspensão. Longe de desenvolver aqui os argumentos, posicionamo-nos no sentido de uma interpretação constitucionalmente adequada sob o entendimento de que a suspensão pode ser também concedida tanto *ex officio* pelo juiz, quanto a pedido do interessado. Evita-se, assim, inclusive, a não concessão por razões de “política criminal” inadequadamente levadas em conta, porventura, pelo membro do Ministério Público, quando de um discurso de aplicação.

Finalmente, e antes como um alerta, devemos perceber, e denunciar, que a vedação da concessão da suspensão do processo àqueles réus que têm outros processos em *andamento* fere, frontalmente, o princípio da presunção da inocência, sendo, portanto, vedação inválida porque inconstitucional.

Pelo exposto, pode-se perceber que, no caso do furto, seja como pretendido pelo julgador do TAMG, seja como aplicado pelo TJRS, poderia ser adequada a suspensão condicional do processo, uma vez que a pena mínima cominada é de um ano. Abstratamente pode-se perfeitamente *imaginar* a suspensão, devendo no caso em concreto serem verificados os pressupostos.

Do ponto de vista de uma política criminal, orientada à tutela dos chamados bens jurídicos pelo Direito Penal, a questão deve ser devidamente enfocada. O crime de furto é, especificamente, um crime que *geralmente* é realizado na clandestinidade, de maneira sorrateira, em que o sujeito-agente subtrai a coisa de outrem quando se encontra em uma situação favorável, enfim, quando da ausência de outras pessoas ou quando não se sente vigiado por qualquer outro meio.

Quando se pensa em furto realizado mediante concurso de pessoas, nítido fica o caráter de certa “organização” e distribuição de “tarefas” entre os co-autores. O planejamento de como vai-se dar a ação delitiva, a observação do possível cenário da empreitada criminosa, a discussão de táticas e idéias são certamente marcantes.

Dessa maneira, o furto mediante concurso de pessoas demonstra-se como crime extremamente *sui generis*: diferentemente do estelionato, roubo ou extorsão, a presença dos autores não se faz presente, ou melhor, não se necessita fazer presente perante outras pessoas. O planejamento e o envolvimento de vários sujeitos concede a esse tipo de delito a “quase” certeza de consumação e sucesso.

Assim, em uma leitura política, que não serve para determinar o senso de adequabilidade da norma, mas tão-somente *para justificá-la inclusive perante pretensões propostas legislativas*, permitir a suspensão condicional do processo como abarcando a figura do furto mediante concurso de pessoas seria, do ponto de vista pragmático, não aconselhável. Se por um lado a certeza de sucesso da empreitada criminosa é bem maior pelo fato da segurança fornecida pela participação de outros agentes — que diminui os riscos como possível flagrante ou legítima defesa —, por outro, se realizada fosse uma reforma legislativa como esperada por Streck¹¹ no sentido da “constitucionalização” da norma em questão, certa também será a impunidade visto que plenamente aplicável poderá ser, em dependência do caso concreto, a suspensão do processo.

Político-criminalmente trata-se, portanto, de algo a ser descartado, o que, como argumento trazido à baila por razões pragmáticas, permite-nos justificar politicamente a norma do art. 155, § 4º, o que nunca significa uma discussão ou um argumento a ser trazido quando do discurso de aplicação de determinada norma.

Destarte, e aqui concluindo esse ponto, a norma juridicamente válida também pode ser plenamente enfocada sob o prisma político, mas com isso não devemos pretender fazer qualquer referência à sua aplicação. Seja por uma linha político-criminal ao gosto da *law and order*, em que o espetáculo oferecido à sociedade pela mídia é indispensável, seja sob a ótica de uma política criminal democrática e orientada por uma perspectiva que tenha em vista o caráter fragmentá-

rio do Direito Penal e a busca da repressão da criminalidade, a norma em questão é adequada à tutela subsidiária dos chamados bens jurídicos.

No caso concreto apresentado pelo Acórdão do TJRS, inclusive, parece-nos que plenamente possível seria a suspensão condicional do processo nos moldes acima levantados. Índícios demonstram que se preencheriam todos os pressupostos necessários à concessão do *sursis* (art. 77 do CP). O fato de terem sido os réus A. A. A. e C. G. S. condenados, respectivamente, a oito e nove meses de reclusão, e, posteriormente, substituídas as penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito, demonstra o preenchimento de todos os pressupostos para concessão do *sursis*.

A não reincidência é patente, em razão da falta de qualquer referência à agravante estabelecida no art. 61, I — muito embora às atenuantes haja referência quanto à confissão espontânea, bem como à menoridade.

Também o inciso II do art. 77 estaria satisfeito. Embora não nos tenha sido acessível a dosimetria em suas etapas, podemos perceber que fora a pena-base aplicada — de acordo com o art. 59 — em seu mínimo legal — um ano. A razão de assim concluirmos é o fato de estar explícito na ementa do Acórdão que “atenuante pode deixar a pena aquém do mínimo abstrato”. E como as circunstâncias descritas no art. 77, II, estão contidas no art. 59, podemos concluir que satisfeita também estaria aquele pressuposto, mormente o fato de ter sido concedida substituição da pena e satisfeito o inciso III do art. 44, além de terem os réus sido, em primeira instância, condenados a regime aberto.

No caso concreto, embora a *denúncia* se referisse ao fato qualificado tanto sob a perspectiva do concurso de pessoas como por arrombamento, o certo é que, não provado o arrombamento, e desconsiderada a qualificadora por concurso de pessoas, o TJRS deveria, *ex officio*, reconhecer que se tratava de furto simples, pouco importando causas de aumento — do roubo em analogia (!) —, de-

vendo-se proceder à aplicação da suspensão condicional do processo, ainda que em grau de recurso, pois, por ser direito do réu, a suspensão não poderia deixar de ser analisada pelo Poder Judiciário quando da decisão — art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Não importa que tenha sido oferecida a denúncia sob a forma qualificada. Constata-se a desclassificação do fato, imediatamente dever-se-ia aplicar à situação, agora sim, completamente descrita no curso da argumentação processualmente levada a cabo, as normas aplicáveis.

A suspensão condicional do processo é patente, ainda que em grau de recurso: se se pretender que o processo se finda com a decisão passada em julgado, até esta há possibilidade da suspensão do processo que ainda se encontra em desenvolvimento. Nada impede, ao nosso ver, que, após a desclassificação realizada no curso de um processo, seja oferecida a suspensão do mesmo, ainda mais porque, ao ser proposta a suspensão pelo Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia, há que se considerar instaurado um processo visto que, em respeito ao contraditório, a parte ré deverá ser ouvida e tomar ciência das condições pelo juiz fixadas. E o processo nada mais é que um procedimento em contraditório, enfim.

Não obstante esse equívoco cometido pelo TJRS, outro é ainda mais instigante. Pode-se considerar possível a aplicação do aumento estabelecido ao roubo no caso de furto mediante concurso de pessoas que fora desclassificado para furto simples?

Segundo Lenio Streck, seria possível o “uso analógico para os casos de furto qualificado por concurso de agentes — do percentual de acréscimo decorrente da majoração do concurso de pessoas no roubo”. Pretendeu o autor, assim, realizar uma interpretação constitucionalmente adequada, uma “filtragem hermenêutico-constitucional”, no que foi seguido pelos Desembargadores, chegando inclusive Bueno de Carvalho a afirmar que

“procura-se, respeitosamente, ‘racionalizar’ o sistema, fazendo presente o

princípio da isonomia. A forma de superar é o uso da analogia para beneficiar, com aplicação ao furto qualificado pelo concurso do mesmo percentual incidente no roubo majorado”.

Respeitosamente, dizemos nós, pedimos a devida licença para discordar, *in totum*, do ponto acima tratado. O princípio da legalidade, sob o aspecto da reserva legal, anterioridade da lei penal e taxatividade, há que ser lembrado se se pretende, realmente, uma interpretação orientada pela Constituição. Como princípios, admitem aplicação *coerente*, em um caso concreto, com outros princípios, não significando, por exemplo, que o princípio da anterioridade da lei penal seja absoluto: perante o caso concreto, a lei penal poderá retroagir para beneficiar o réu, mas isso trata-se de uma questão a ser analisada no caso concreto; inclusive o que é “benefício” em uma dada situação.

Todavia, em respeito à reserva legal, proibidas, em princípio, estão todas e quaisquer pretensões interpretativas que lancem mão da analogia. A chamada “interpretação analógica” pela doutrina é possível de ocorrer naquelas hipóteses em que a própria norma determina. Do contrário, ilícito é realizar um juízo negativo ou agravante mediante o uso da analogia.

Se se conclui pela inconstitucionalidade do art. 155, § 4º, IV, dever-se-ia então proceder à aplicação do *caput* do art. 155 e não pretender aplicar o dispositivo referente ao roubo. O emprego da analogia está, aqui sim, realizando uma violação à Constituição.

Talvez por receio da repercussão de decisão tão inovadora, preferiram os Desembargadores ser mais “cautelosos”, e, sob o argumento do uso da analogia para “beneficiar” o réu, ganharam os louros de uma decisão *sui generis*.

Nessa controvérsia, mais acertado seria o argumento trazido pelo Desembargador do TAMG. Para Victor de Carvalho,

“Um (*sic*) vez afastada a validade daquele dispositivo, aponto como solução para o caso a aplicação do

art.155, *caput*, do mesmo diploma legal. Não considero acertada a aplicação do aumento de pena do roubo em concurso de pessoas para o caso em comento, como ocorreu no voto já mencionado, para superar a questão, tendo em vista que se trataria de analogia *in mallan partem*, que não é permitida pelo Direito Penal (...) a majoração da pena que ocorre no roubo cujo cometimento se dá em concurso de agentes não deve ser analogicamente utilizada, posto que *prejudicaria* o agente.” (Grifo nosso)

Devemos ainda comentar uma passagem no texto que nos chamou a atenção. Para Streck,

“enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias readaptações legislativas, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, *efetuar as correções das leis*, utilizando-se para tal dos *modernos mecanismos hermenêuticos...*”

Sem adentrarmos a questão do papel do Judiciário em um Estado Democrático de Direito, não é novidade deste a chamada “correção das leis”. Tal noção, muito embora não lembrada por Lenio Streck, liga-se à noção aristotélica de que se deve sempre proceder à “correção das leis”. Esta não se trata da realização de analogias para sanar possíveis “lacunas”, senão a *consideração do caso concreto, pois tão-somente perante o fato concreto é que a norma adquire “normatividade”, isto é, sentido*. Não esquece Aristóteles a impossibilidade de, de antemão, estabelecer todas as hipóteses fáticas capazes de ocorrer, como maneira a se fazerem presente no diploma normativo (cf. OLIVEIRA, 2001, p. 63 et seq.). Corrigir a lei é interpretá-la frente ao caso concreto, dando-lhe, portanto, sentido, o que nos permite concluir com Klaus Günther na esteira de que as normas só podem ser consideradas concorrentes na aplicação quando tão-somente realizada es-

teja a descrição exaustiva do caso concreto.

Para finalizar, pois longas por demais já se fizeram nossas palavras, devemos recapitular a necessidade de distinção dogmática entre causa de aumento e qualificadora, lembrando ser inadequada a tentativa de estabelecer um juízo de proporcionalidade entre elementos distintos.

Terminando, e aqui estamos em pleno acordo com Streck, há uma crescente necessidade de se realizarem leituras constitucionalmente adequadas e este caso concreto analisado é um bom exemplo para confirmar que se encontra a *hermenêutica em crise*.

Notas

¹ Embora Dworkin pareça se referir a todos os casos como sendo “hard cases”, não parecia ser esse o seu intuito em seu livro *Taking rights seriously*, em que abre um capítulo específico para tratar de determinados casos jurídicos aos quais atribui a qualidade de “casos difíceis”.

² Nesse sentido, cf. voto vencido do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho na Apelação Criminal n. 313.012-1, julgada em 26/09/2000 pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

³ Aqui estamos realizando uma leitura da teoria kelseniana por meio das críticas erigidas por Dworkin ao positivismo.

⁴ É certo que não se pode confundir paradigma com mundo da vida: este é muito mais totalizante, enquanto aquele é sempre próprio.

⁵ Cf., nesse sentido, autor pátrio central na compreensão do Estado Democrático de Direito: Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 473 et seq.).

⁶ Sobre possíveis interpretações do princípio da proporcionalidade, cf. Paulo BONAVIDES (2000, p. 356 et seq.).

⁷ Cita o autor um exemplo: “‘You ought not to lie under any circumstances’ versus ‘You ought to lie under some circumstances’”. O disparate lógico aqui existente faz com que, na concepção do autor, o conflito possa ser resolvido em nível que não leve em conta a reconstrução do caso concreto.

⁸ Para uma crítica dessa perspectiva, cf. Jürgen HABERMAS (1998, p. 281 et seq.), Klaus GÜNTHER (1992, p. 241).

⁹ Depois da introdução do conceito de *autopoiesis*: Niklas LUHMANN, Raffaele de GIORGI (1993, p. 59 et seq.) Niklas LUHMANN (1995, p. 59 et seq.).

¹⁰ Cf., no sentido esboçado, Claus ROXIN (1981, p. 73): “Si trasplantamos, en consecuencia, esta idea

rectora del fin de la pena a la categoría del delito que estamos discutiendo, resultará, ciertamente que en caso de no poder actuar de otro modo quedan excluidas culpabilidad y punibilidad; pero si — dando por supuesto el libre albedrío — se comprueba que el autor (aún) podía actuar de otro modo, con ello no se ha decidido aún su punibilidad. Hay que partir, por el contrario, de la base de que el legislador se ha preguntado además si político-criminalmente (esto es, desde el punto de vista de prevención especial o de prevención general) es necesario el castigo”. Na página 178, constrói um pensamento a ser detidamente analisado: “Tras todo lo dicho, se puede afirmar, en contra de los ataques de la crítica, la tesis de que cuando falta la culpabilidad también faltan las necesidades preventivas, general y especial, de una pena”. Mais surpreendente ainda é a afirmação presente em seu *Derecho Penal*: “Un error de prohibición puede excluir la responsabilidad incluso cuando exista culpabilidad (disminuida), y considerarse invencible en sentido jurídico cuando una renuncia al castigo sea compatible con las funciones preventivas del Derecho penal”. [itálicos nossos] (p. 881).

¹¹ Afirma o parecerista que, “enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias readaptações legislativas, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora (...) efetuar as correções das leis”.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Derecho y razón practica*. Ciudad de México: Fontamara, 1993.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999a.

_____. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Traduction of John Farrell. Albany: State University of New York, 1988.

_____. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t.37, p. 269-297, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987, t. I.

_____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

_____. Tres modelos de democracia. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Buenos Aires: Paidós, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v.1.

_____; Giorgi, Raffaele de. *Teoría de la sociedad*. México: Guadalajara, 1993.

_____. La contingenza come valore proprio della società moderna. *Osservazioni sul moderno*. Roma: Armando, 1995.

MEZGER, Edmund. A culpa no moderno direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, p. 195-217, v. 22, 1956.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a interpretação jurídica. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio, 1999.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial de Chile, 1976.

Nem um tostão da Previdência Social: o caso das bóias-frias idosas no semi-árido irrigado

Semira Adler Vainsencher & Adélia de Melo Branco

Sumário

1. Introdução. 2. Previdência Social no Brasil: um breve reflexo. 3. Caracterização do semi-árido nordestino. 4. As condições de vida e de trabalho das mulheres rurais. 5. Considerações finais

1. Introdução

*Eu já perdi as esperanças,
cada dia que passa está pior.*

Na última década do século XX, no Brasil, a economia e o setor rural estiveram relativamente estagnados. Nesse período, não foram criadas novas ocupações nem foram inventados novos produtos e processos produtivos. Ocorreu, de fato, o contrário: uma desativação produtiva, com relativa estagnação dos complexos agroindustriais, além de quedas do emprego e da produção. Cresceram mesmo, na referida situação de crise, apenas o setor de subsistência e as formas relativamente integradas de agricultura familiar, que se mostraram mais resistentes aos efeitos da queda nas taxas de crescimento do trabalho e das rendas agrícolas (DELGADO, 2000).

Nesse contexto histórico, surgiu um elemento novo no espaço rural brasileiro, que viabilizou a inclusão de amplos segmentos da economia familiar e, em particular, o próprio setor de subsistência da economia rural, na forma de um seguro de renda mínima para idosos e inválidos: a Constituição Federal de 1988.

Semira Adler Vainsencher é Mestre em Educação pela Universidade de Boston, nos Estados Unidos, e pesquisadora da Fundação Joaquim Nabuco.

Adélia de Melo Branco é Doutora em Antropologia pela Universidade de Manitoba, no Canadá, e pesquisadora da Fundação Joaquim Nabuco.

As (os) agricultoras (es) passaram a usufruir, então, do direito à aposentadoria, igualmente às (aos) demais trabalhadoras (es) brasileiras(os) residentes nos setores urbanos do País. Isso veio representar uma grande esperança de vida para idosas(os) e inválidas(os).

Por vezes, a quantia repassada às(aos) idosas(os) ou inválidas(os), por parte do Estado, representa a única renda do núcleo familiar. Em sendo assim, destina-se ao sustento de todos os componentes da família e tem funcionado, em verdade, até como uma forma de reter a população residente em áreas inóspitas, evitando que muitos continuem fugindo, em massa, para municípios de médio e grande portes do território nacional.

A população feminina, nesse contexto (em particular, o conjunto das mulheres chefes-de-família, seja essa condição em caráter permanente ou temporário), constitui-se um dos setores mais vulneráveis da população. Além da ausência de programas que contemplem as suas necessidades específicas, o contexto histórico-social e cultural vigente contribui para que haja um evidente desequilíbrio nas relações de gênero, legitimando a subordinação e a discriminação da mulher (BRANCO, 2000). Não se pode negar, entretanto, que alguns avanços, em termos de políticas e programas sociais, foram alcançados por esse contingente, nas últimas décadas do século passado, o que, certamente, contribuiu para minimizar a discriminação das mulheres.

O presente trabalho pretende evidenciar, nesse sentido, que, apesar do grande avanço conquistado na área dos direitos humanos, ainda existe um contingente populacional impossibilitado de obter a sua aposentadoria, ficando completamente à margem dos direitos sociais e humanos existentes em um Estado de Bem-Estar Social: o das(os) *bóias-frias*¹ idosas(os)², que abandonaram as áreas rurais de sequeiro³, durante os períodos de estiagens prolongadas, e preferiram trilhar os caminhos desconhecidos da migração na tentativa de melhor sobreviver.

Tal segmento se vê obrigado a vivenciar um final de vida perverso e vicioso, ou seja, uma velhice humilhante sem renda própria, à mercê das caridades de outrem⁴.

Os dados empíricos que serão apresentados provêm de duas pesquisas distintas⁵, desenvolvidas em 1999, cujas populações-alvo englobaram tanto as trabalhadoras rurais aposentadas, residentes nos municípios de Patos e Ouricuri, Estados da Paraíba e de Pernambuco, respectivamente, quanto as migrantes *bóias-frias*, que trabalham no perímetro irrigado de Petrolina e até hoje não conseguem se aposentar. Junto às distintas populações – a contemplada e a não-contemplada pela Previdência Social – foram realizadas entrevistas longas e de profundidade, em que as mulheres tiveram a oportunidade de relatar, com os mínimos detalhes, os seus problemas cotidianos, discorrendo sobre as suas angústias e expectativas futuras.

Através deste artigo, as autoras desejam dar uma contribuição, mesmo que bem modesta, à melhoria das condições de vida de todas(os) as(os) trabalhadoras(es) *bóias-frias* e, em particular, àquelas mulheres cujo suor irriga, também, as plantações do Vale do São Francisco.

2. *Previdência Social no Brasil: uma breve reflexão*

Fazendo-se uma breve retrospectiva histórica da proteção social, no Brasil, caberia lembrar que a primeira regra concernente à Previdência Social⁶ advém do Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara, na segunda década do século XIX. Segundo OLIVEIRA (1966), ele foi a primeira autoridade a conceder, através do decreto de 1º de outubro de 1821, a aposentadoria aos mestres e professores, após trinta anos de serviço, e assegurar um abono de um quarto dos ganhos aos que continuassem em atividade.

A expressão *aposentadoria* aparece, apenas, no art. 75 da Constituição de 1891, onde se lê: “a aposentadoria só poderá ser dada

aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”. E o termo *previdência* vem surgir, pela primeira vez, na Constituição de 1934, sem, contudo, ser adjetivado de social⁷. A Seguridade Social, por outro lado, possui institutos próprios, entre eles o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), o INSS, o Conselho Nacional de Previdência Social, o Conselho Nacional de Assistência Social, o Ministério da Saúde etc., e os seus princípios estão descritos na Constituição de 1988. Um dos princípios mais relevantes refere-se à questão da solidariedade⁸, que estipula: os ativos devem contribuir para sustentar os inativos (MARTINS, 2001).

Sempre se espera, em todos os sentidos, que o tempo traga evoluções, principalmente quando 150 anos já se passaram. No entanto, não foi isso o que o tempo trouxe para as trabalhadoras rurais, no que tange às regras de proteção social a elas referente. Até poucos anos atrás, o segmento feminino contava com mecanismos bastante precários de proteção à velhice, isto é, os benefícios concedidos pelo antigo PRORURAL (Programa de Assistência ao Trabalhador Rural), que eram assaz limitados. E apesar do antigo sistema prover ao trabalhador rural, de ambos os sexos, a aposentadoria por idade aos 65 anos, os seus valores correspondiam, somente, a 50% do salário mínimo e as pensões por morte eram limitadas a 30% do salário mínimo (SILVA, 2000).

Na legislação brasileira, de uma maneira geral, a aposentadoria da mulher recebe destaque no artigo 165 do inciso XIX da Constituição Federal de 1967, sob o título Da ordem econômica e social, que determinava o usufruto desse direito aos trinta anos de trabalho, com salário de contribuição integral (Jornal Fêmea, 1995). Contudo, tanto as aposentadorias por idade quanto aquelas por invalidez só eram concedidas ao chefe ou arrimo da família, excluindo-se, assim, as trabalhadoras rurais e os demais membros de sua família do conjunto da população com acesso a esse direito (SILVA, 2000).

De acordo com OLIVEIRA (1966), pode-se definir a aposentadoria como uma garantia constitucional, de longa duração, cujo objetivo é o de proporcionar a manutenção da renda do segurado e a de seus dependentes. Para isso, impõe-se um determinado ônus a trabalhadores e empresas, ou seja, à população economicamente ativa. Como uma política de proteção social e tendo sido criada, segundo os seus precursores, para reduzir as desigualdades sociais, é importante salientar que, em relação à qualidade de vida no campo, a Previdência Rural ocupa um espaço social de suma relevância: ela representa a maior contribuição à renda e à subsistência das famílias rurais pobres⁹.

Cabe mencionar que, desde a criação da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, a aposentadoria por idade ou por velhice já fazia a diferenciação de cinco anos entre homens e mulheres (Jornal Fêmea, 1995). Isso teve sua origem na dupla jornada de trabalho das mulheres, ou seja, no fato de que, mesmo inseridas no mercado de trabalho, elas eram as únicas responsáveis por todos os trabalhos do lar: os afazeres domésticos e a “previdência doméstica” (o cuidado com os filhos, com os membros doentes e com os idosos de sua família), sem qualquer ônus para o Estado.

A promulgação da Constituição de 1988 representou uma grande conquista para a população feminina, assegurando, entre outros, a universalização dos direitos humanos, sem fazer distinção entre os sexos. Em sendo assim, pela primeira vez na história do Brasil, as trabalhadoras rurais passaram a ter os mesmos direitos previdenciários que os seus companheiros de trabalho. Estabelecendo o piso de um salário-mínimo para todas(os) as(os) trabalhadoras(es) rurais e os seguintes limites da aposentadoria por idade - homens, 60 anos, e mulheres, 55 anos -, a Constituição passou a garantir, ainda, os direitos das mulheres em regime de economia familiar, bem como os direitos à aposentadoria por tempo de serviço, independentemente de essas trabalhadoras se-

rem, ou não, chefes ou arrimos de família. Foi permitida, inclusive, a contagem do tempo de trabalho realizado antes da publicação da lei que homologou tais direitos, mesmo que as mulheres não tivessem contribuído, previamente, para algum sistema previdenciário.

Assim, o art. 201 da Constituição dispõe que “a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura de eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 7º, XVIII);

III- proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário (art. 7º, II, da Lei Fundamental);

IV- pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes;

V- salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda” (MARTINS, 2001).

Pode-se afirmar que a ausência dos direitos das trabalhadoras rurais é resultante dos *contratos tradicionais de gênero*, nos quais as mulheres são as únicas encarregadas de cuidar da casa e dos filhos, ao passo que os homens têm a responsabilidade de prover o domicílio dos bens materiais e financeiros. Ao lado do trabalho não remunerado, por sua vez, grande parte das mulheres que exercem ocupações produtivas, fora de casa, enfrentam discriminações salariais e recebem a metade - ou pouco mais - dos salários pagos aos homens, pelo mesmo tipo de trabalho executado. Embora as discriminações sejam comuns às vidas de todas as trabalhadoras idosas, nos campos socioeconômico e cultural, tais aspectos se apresentam mais perversos, ainda, quando se referem àquelas mulheres da área rural. No campo cultural, por exemplo, as famílias rurais representam muito melhor o modelo tradicio-

nal de contrato de gênero: as condições do trabalho doméstico sempre foram muito mais severas para tais famílias. Uma parte razoável delas não conta, inclusive nos dias de hoje, com certas facilidades presentes em domicílios urbanos, tais como água encanada, energia elétrica e uma série de eletrodomésticos que contribuem para facilitar os serviços no lar. Além disso, as famílias rurais são, geralmente, maiores que as urbanas. Todos esses fatores contribuem para que o trabalho *de casa* da mulher rural seja muito mais desgastante que o da mulher urbana (SILVA, 2000).

Após a Constituição de 1988, segundo Castro & Lazzoni (2001), as aposentadorias foram agrupadas em três grupos:

- *Aposentadoria por invalidez* – é um benefício devido ao segurado, decorrente de sua incapacidade para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência;

- *Aposentadoria por tempo de serviço* – é um benefício devido ao segurado que tenha cumprido o tempo de serviço exigido para obter os seus proventos integrais: comprovar 35 anos de serviço se for homem e 30 anos de serviço, se for mulher; e

- *Aposentadoria por idade* – é um benefício devido ao segurado após o cumprimento das carências exigidas, completar 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher. Esses limites são reduzidos em cinco anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal (artigo 202, I, da Constituição de 1988).

Diante de toda essa normatização, o povo brasileiro acreditou, então, que o problema da aposentadoria das (os) trabalhadoras (es) rurais havia sido solucionado. O que se observa na prática, contudo, é uma realidade bem diferente: no tocante aos benefícios previdenciários, o segmento populacional das (os) *bóias-frias* idosas (os), a des-

peito de todos os avanços e vantagens sociais existentes no Brasil e da utilização do *dumping* social¹⁰, continua totalmente desprotegido e, ao mesmo tempo, excluído, dentro do sistema, vivendo um drama único e particular. É esse segmento populacional, precisamente, o objeto de estudo das autoras.

Antes de ser apresentada uma análise da situação, considera-se importante caracterizar, ainda que brevemente, a região onde está inserido o cerne do problema em destaque.

3. Caracterização do semi-árido nordestino

A Região Nordeste ocupa uma área de 1.539.000 km², correspondente a 18% do território brasileiro, e abriga uma população de 45, 5 milhões de habitantes, o que representa 29% do total da população nacional. Essa Região produz cerca de 16% do PIB brasileiro e o seu PIB *per capita* corresponde a 56% do PIB *per capita* do Brasil. Ali vive cerca de metade da população pobre do País. Em termos geográficos, o Nordeste se mostra heterogêneo, apresentando uma grande variedade de aspectos físico-climáticos (DUARTE, 1999).

Inserida nesse contexto e localizada nos Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe, a região semi-árida envolve uma área de 900.505 km² (LINS, 1989). A região possui baixos índices de desenvolvimento e uma qualidade de vida de extrema insuficiência, onde estão presentes o analfabetismo, a baixa expectativa de vida, o desemprego, a precariedade da saúde e a concentração de terra e riqueza nas mãos de poucos. Tudo isso alcança graves proporções, ainda, devido às secas periódicas que atingem a região, consideradas como fatores agravantes dos problemas já existentes. A vulnerabilidade da população, portanto, encontra-se intimamente ligada à pobreza, sobretudo na zona rural, onde a economia regional depende, basicamente, da pecuária extensiva e da agricultura de subsistência (ANDRADE, 1985, 1986).

O peso da agricultura de subsistência, na economia agrária brasileira, é algo que possui raízes históricas em nossa própria formação econômica, vinculada ao escravismo e à grande propriedade (GUIMARÃES NETO, 1997). Dessa maneira, não sofreu mudanças significativas com os processos de industrialização e modernização da agricultura. Muito pelo contrário: o setor de subsistência, elemento remanescente do período colonial, fortaleceu-se após a abolição da escravatura, transportando-se para a atualidade praticamente sem transformações.

A pobreza da população, portanto, na região semi-árida pode ser explicada pela permanência da distribuição desigual da posse e do uso da terra, no Brasil. Na Região Nordeste, em geral, os estabelecimentos rurais com menos de 50 hectares representavam 75% do número de imóveis, e a área por eles ocupada correspondia a 12% da área total da Região (INCRA, 1992). No outro extremo da distribuição de terras, os imóveis com áreas superiores a 200 hectares representavam 7% do total de imóveis existentes e ocupavam 68,6% da área da Região Nordeste. Ainda conforme o INCRA, 65% da área aproveitável para a agricultura, em 1992, estavam ocupadas por imóveis com áreas iguais ou superiores a 200 hectares (DUARTE, 1999).

Segundo o mesmo pesquisador, a pobreza rural é agravada, sobremaneira, pela instabilidade do trabalho assalariado temporário, situação em que, no ano de 1992, encontravam-se 2, 5 milhões dos 6, 6 milhões de trabalhadores rurais nordestinos. Essas relações de trabalho possuem um importante significado em períodos de seca, já que elas podem ser facilmente desfeitas, liberando os proprietários rurais do ônus de manter a mão-de-obra em uma conjuntura econômica tão adversa e deixando a população rural sem alternativa de trabalho.

As pesquisas realizadas pela SUDENE, na década de 70, apontam que os efeitos da seca recaíam, mais pesadamente, sobre as

camadas menos favorecidas da população rural: os pequenos proprietários e os trabalhadores sem terra. Um dos estudos revela, inclusive, que 69% daqueles inscritos nas frentes de trabalho eram não-proprietários, com uma maior predominância de parceiros (42% dos inscritos). Entre os proprietários (31% dos alistados nas frentes de trabalho), 95% possuíam imóveis rurais com áreas de, no máximo, 25 hectares (Pessoa & Cavalcanti, 1983). Esses dados confirmam a relação entre a estrutura fundiária, a pobreza e a seca, na região semi-árida do Nordeste brasileiro.

Durante os períodos de longa estiagem, o Governo procura implementar medidas paliativas, entre elas a distribuição de alimentos, de água (por meio de carros-pipa) e de trabalho (através das frentes de emergência). Até a década de 70, as atividades realizadas pelos alistados, nas frentes de trabalho, consistiam na construção ou na recuperação de obras públicas, tais como açudes, barragens e estradas. A partir da seca de 1979-1983, porém, sob a justificativa de manter os alistados em seus lugares de residência, as frentes de trabalho passaram a realizar as suas atividades nos próprios imóveis rurais, beneficiando, assim, os seus proprietários.

Além das medidas mitigadoras governamentais, de caráter emergencial, observa-se, nos últimos anos, que tem ocorrido uma mobilização por parte da sociedade civil¹², levando as Organizações Não-Governamentais – ONGs que atuam nas áreas rurais de sequeiro a desenvolver projetos no sentido de educar a população a conviver com o fenômeno da seca. Entretanto, a despeito de as ONGs possuírem uma excelente *performance*, as suas ações são de caráter pontual e, dessa forma, não conseguem beneficiar grande parte da população atingida pelas estiagens (BRANCO, 2000).

Nas últimas décadas, verifica-se uma mudança no processo migratório, que passou do inter-regional para o intra-regional. Segundo os estudiosos do assunto, isso foi resultado da crise econômica que gerou elevados índices de desemprego nos grandes

centros urbanos industrializados do País. Os nordestinos, por outro lado, tendem a migrar mais, hoje em dia, para as cidades de médio porte, dentro da própria Região Nordeste, devido a uma série de fatores, tais como: a grande distância entre o lugar de origem do migrante – as áreas interioranas da Região – e o seu lugar de destino, já que a maioria dos centros urbanos está localizada na Região Sudeste ou nas áreas costeiras; as elevadas despesas envolvidas com a mudança, devido à distância física entre o lugar de origem e o lugar de destino; e o aumento das oportunidades de emprego, em muitos municípios de médio porte do Nordeste, bem como a maior facilidade de acesso aos mesmos.

Um dos centros migratórios mais importantes, nos últimos anos, é o pólo Petrolina (PE)/Juazeiro (BA), no Vale do São Francisco, lugar de destino de milhares de nordestinos. Tal região atrai migrantes de todo o semi-árido, já que oferece elevadas oportunidades de trabalho na agricultura irrigada, bem como em outras atividades. O município de Petrolina, em particular, alvo do presente estudo, possui um alto nível de desenvolvimento sócio-econômico, produz várias frutas para fins de exportação e vem recebendo, constantemente, investidores de todas as regiões do Brasil, bem como de muitos países importadores.

4. As condições de vida e de trabalho das mulheres rurais

A situação das mulheres rurais, como um todo, e, mais especificamente, daquelas que residem na região semi-árida nordestina, é de extrema dificuldade. Por sua vez, os problemas referentes às suas condições de trabalho se apresentam como relevantes fatores de expulsão. As poucas oportunidades de trabalho remunerado, nas atividades ligadas à pecuária e à agricultura – atividades de maior importância no semi-árido de sequeiro –, costumam priorizar a utilização da mão-de-obra masculina. E, no

caso da agricultura familiar, os homens ficam à frente da produção de culturas destinadas à comercialização, ao passo que as mulheres se dedicam à produção de outras, voltadas, apenas, para o consumo da própria família, ficando sem acesso à renda.

Segundo as declarações das migrantes entrevistadas, nos seus lugares de origem não havia água, elas trabalhavam no roçado, de sol a sol, pouquíssimo ou nada retiravam do solo para sobreviver e não recebiam, via de regra, qualquer remuneração pelo trabalho realizado. Como as dificuldades eram imensas, só podiam apelar, mesmo, para as frentes de emergência. Nesse sentido, ao abandonarem a sua terra natal, as referidas mulheres não fugiam, somente, da falta de oportunidade de trabalho, do desemprego: fugiam, também, de uma vida extremamente precária (BRANCO; VAINSENER, 2001).

Isso evidencia a ausência de um compromisso político, por parte dos governantes, voltado para o desenvolvimento das áreas rurais de sequeiro, o que obriga a população a conviver com uma infra-estrutura altamente inadequada. E as consequências dessa situação recaem mais duramente sobre a mulher, por ser ela a principal responsável por certos fatores imprescindíveis à sobrevivência como, por exemplo, a reprodução da unidade familiar, o abastecimento de água, o desempenho de atividades destinadas à alimentação da família, o cuidado com os filhos, com os idosos e com os demais membros da unidade de reprodução da força de trabalho que possam vir a adoecer, entre outros.

Além disso, as estatísticas demográficas evidenciam que, em relação ao emprego agrícola, as mulheres das áreas rurais começam a trabalhar mais cedo e permanecem até idades mais avançadas, no exercício de atividades agrícolas¹². O trabalho feminino rural é encontrado com frequência, sobretudo, na categoria *por conta própria*, muito comum às economias rurais que utilizam a mão-de-obra familiar. Nessas economias, não existe, na prática, uma separação entre casa e

trabalho agrícola. Como a produção familiar ocorre em espaço contíguo ao domicílio, a própria trabalhadora rural tem dificuldade de diferenciar, entre as atividades que realiza, aquelas que efetivamente geram valor econômico. Os cuidados com a horta, com os animais domésticos e a preservação de alimentos, quase nunca são contabilizadas como ocupações, no sentido econômico. Isto é, muitas vezes, o fator responsável de as estatísticas não conseguirem captar adequadamente a participação das mulheres rurais no produto social. Para a mulher rural, em regime de economia familiar, o trabalho agrícola é uma extensão de suas tarefas domésticas, e, portanto, trabalhar na lavoura é o mesmo que trabalhar *em casa*. Desta feita, as trabalhadoras rurais idosas acumulam, ao longo de suas vidas, uma série de desvantagens: dupla jornada de trabalho, discriminação salarial e/ou trabalho sem remuneração e a vivência de uma entrada precoce e de uma permanência mais longa nas ocupações das atividades rurais (SILVA, 2000).

No entanto, cabe deixar claro que, do ponto de vista da mulher rural, o direito à aposentadoria alcança uma dimensão que vai além da econômica. Isso porque, até pouco tempo, as atuais aposentadas não tinham acesso a uma renda, ou seja, não recebiam qualquer remuneração pelas atividades que realizavam, quando se dedicavam à agricultura familiar. Segundo BRANCO & VAINSENER (2001), o simples fato de poder contar com um salário vem proporcionar, às trabalhadoras, níveis de liberdade individuais antes desconhecidos. Nos seus lugares de origem, o trabalho que realizavam para o seu sustento e o dos membros da família não era remunerado, estando circunscrito aos limites geográficos do espaço privado, ao rol das atividades domésticas, descaracterizando-se como trabalho produtivo. Essa peculiaridade que envolve o trabalho feminino, em geral, e que se apresenta muito bem traduzida na expressão *invisibilidade do trabalho feminino*, torna as próprias mulheres invisíveis, mesmo que a sua presença seja

marcante e que a sua força de trabalho seja imprescindível para a sobrevivência do grupo familiar. Por sua vez, a passagem do domínio privado para o domínio público, através do trabalho remunerado, proporciona àquelas mulheres dois elementos fundamentais para que elas adquiram força e confiança em si mesmas e vivenciem um intenso processo de mudanças, no tocante à sua condição de gênero: suas vidas e suas habilidades adquirem visibilidade e importância.

Diante do exposto, o direito das mulheres rurais à aposentadoria, quando alcançassem os 55 anos de idade¹³, promulgado com a Constituição de 1988, veio trazer uma grande mudança na trajetória das mesmas, permitindo que mantivessem a sua própria autonomia financeira quando atingissem a idade de parar de trabalhar¹⁴. De acordo com SILVA (2000), a distribuição por gênero, dos benefícios rurais concedidos, indica que as mulheres foram responsáveis por 66% das concessões no período 1992/1994. Em 1993, por exemplo, foi concedido o total de 702, 4 mil benefícios para as mulheres e 335,1 mil para os homens. A maior participação das mulheres, no total dos benefícios previdenciários rurais, reflete, pelo menos, dois elementos:

1. o limite de idade cinco anos inferior ao exigido aos homens, na aposentadoria por idade; e

2. o fato de as mulheres receberem muito mais pensões por viuvez do que os homens, já que a esperança de sobrevida feminina é maior que a masculina, especialmente nos estratos dos mais idosos.

Uma pesquisa na área demográfica revelou, recentemente, que “muitos são os matizes adicionais do processo de envelhecimento da população brasileira. Entre eles, com certeza, um dos mais importantes é aquele referente ao processo de *feminização* da velhice, fruto dos amplos diferenciais no volume de idosos, por sexo. Em outras palavras, é muito maior o número de mulheres que sobrevivem até atingir o limiar inferior do grupo etário idoso e, uma vez fazendo

parte dele, nele permanecem por muito mais tempo que os homens” (MOREIRA, 1998). Ainda de acordo com o mesmo autor, “a dimensão do índice de idosos e sua evolução temporal apontam, claramente, para a necessidade de políticas sociais que contemplem o fato de que a maior fração da população idosa nacional será constituída por mulheres que sobreviverão por muitos anos mais do que seus companheiros, os seus principais provedores na velhice. A maior sobrevivência feminina e sua maior longevidade, provavelmente, implicarão que as mesmas viverão por muito tempo sozinhas, dependentes de arranjos institucionais de suporte na velhice. Também contribuirão para um maior volume de pagamentos de pensões de mais longa duração, gastos que tenderiam a assumir participação crescente entre os atuais benefícios previdenciários”.

Vale destacar, agora, os depoimentos de algumas mulheres idosas, pequenas proprietárias de terra nas áreas de sequeiro (municípios de Patos e Ouricuri), que conseguiram tirar todos os documentos requeridos pela Previdência Social¹⁵ e lograram se aposentar. Elas declararam:

“Essa aposentadoria foi uma graça de Deus! Eu posso viver descansada com o meu velho e tenho o tostão da feira e dos remédios” (pequena proprietária rural, 63 anos).

“Os tempos de hoje são melhor do que no passado. Hoje, nós, velhos, tem pensão. No tempo do meu pai e do meu avô, os velho ficava desprotegido” (pequena proprietária rural, 69 anos).

“Eu sou uma velha satisfeita! Meu dinheiro da pensão dá prá eu comprar meus remédios e até prá eu fazer uma feirinha pros meus filhos” (pequena proprietária rural, 65 anos).

“Ainda bem que, hoje em dia, o Governo olha prá nós. Esses tempos são melhor que antigamente, quando ninguém podia se mexer sem dinheiro. Os velho de hoje, pelo menos, têm o que comer e ajudar os filhos na

necessidade” (pequena proprietária rural, 67 anos).

Como é possível constatar, há um grande reconhecimento, por parte das mulheres idosas que residem nas áreas rurais, no tocante ao usufruto da aposentadoria. Isso vem corroborar com a necessidade que as mesmas têm de recebê-la. Percebe-se, no entanto, que elas enfrentam, ainda, muitas dificuldades, na obtenção dos documentos exigidos para a aposentadoria. Se nas zonas urbanas essa é uma tarefa difícil, imagine-se, então, o sofrimento daquelas que habitam as zonas rurais. Inúmeras trabalhadoras não possuem, sequer, a própria certidão de nascimento. No caso das migrantes, a situação fica ainda mais difícil: para obtê-la, elas teriam que regressar aos seus lugares de origem, o que demandaria empreender recursos financeiros e tempo para essa finalidade. Assim, a despeito da campanha “Nenhuma Trabalhadora Rural Sem Documento”, lançada pela ANMTR – Articulação Nacional das Mulheres Trabalhadoras Rurais, em 1997 (Jornal Fêmea, 1997), muitas trabalhadoras, como, também, migrantes, continuam sem possuir os documentos de identificação pessoal e, portanto, sem acesso à Previdência Rural: faltam-lhes informações importantes, além de condições financeiras para conseguir tirar tais documentos.

Faz-se necessário deixar registrado aqui, também, o importante papel que o Sindicato dos Trabalhadores Rurais vem desempenhando na região do Vale do São Francisco. O STR, contudo, não tem condições de apoiar as(os) trabalhadoras(es) diaristas, de forma mais efetiva, na conquista dos seus direitos. A despeito das lutas empreendidas, observa-se a existência de um segmento da população feminina trabalhadora rural – o das *bóias-frias* idosas – que não consegue mais arranjar um trabalho assalariado. Por sua vez, esse contingente populacional não possui mais qualquer título de posse de terra, tampouco habita na zona rural e, em sendo assim, vê-se impossibilitado de apresentar os requisitos necessários, exigidos pela Pre-

vidência Social, para poder aposentar-se como trabalhadora rural. Os depoimentos registrados abaixo são bastante ilustrativos:

“Eu mesmo vivo louca prá me aposentar, mas já estou sem fé. Dei entrada nos papel e foi um sacrifício prá eu conseguir tudo. Tive até que ir em Tauá¹⁶. Mas, eu acho que não vai sair, não. Teve uma entrevista com o INPS e me perguntaram muita coisa que eu não sabia responder. Quando eu disse isso para o pessoal do Sindicato¹⁷, eles falaram prá mim que eu devia ter tido a orientação deles. Mas como? Se eu não sabia? Aí, eu acho que eu me compliquei com essas perguntas. Eu só queria que desse certo prá eu me aposentar!” (bóia-fria, 57 anos).

“Eu já desisti do meu aposento. Eles pedem tanta coisa! Eu nunca tirei nenhum documento¹⁸. Achava que não precisava. Agora, depois de velha, eu acho que nem posso mais tirar certidão. Será que eu posso?” (bóia-fria, 60 anos).

“Eu vivo uma vida muito sacrificosa aqui. Estou com 58 anos e ainda não consegui me aposentar. O Sindicato diz que eu não sou ‘fichada’ e o INPS diz que eu não sou trabalhadora rural. Isso é conversa? O que é que eu peço? Não é trabalho de roça? Eu vivo em cima dos caminhão de lote prá lote, atrás de trabalho. Eu sou que nem rebutalho” (bóia-fria, 58 anos).

Alguns fatores são fundamentais para mudar tal cenário. Entre eles, talvez um dos mais importantes seja a implementação de políticas públicas, voltadas à educação das (os) trabalhadoras (es) rurais idosas (os), acerca dos seus direitos como cidadãs (os).

5. Considerações finais

*Eu não tenho muita ilusão, não.
Acho que vou morrer aperriada.*

Não restam dúvidas: a Previdência Social, na atualidade, representa um poderoso

instrumento de equidade, em relação à garantia dos direitos das (os) trabalhadoras (es) rurais. E a criação de ações afirmativas¹⁹ em prol do contingente rural feminino²⁰, baseada na perspectiva de gênero, significa, tão-somente, o pleno reconhecimento da dupla jornada de labor que as trabalhadoras rurais enfrentam, bem como das especificidades que vivenciam.

As mudanças que vêm ocorrendo no perfil populacional, por sua vez, colocaram a velhice nas discussões demográficas do presente, bem como a *feminização* da velhice no epicentro delas. Tudo isso porque, hoje em dia, é muito maior o número de mulheres que sobrevivem até atingir o limiar inferior do grupo etário idoso, e que permanece, nele, por muito mais tempo que os homens. Basta observar os dados atuais da Previdência Social Rural: do total de beneficiários, 64, 5% são mulheres.

Em se tratando da população rural e, particularmente, de sua população feminina, um dos grandes benefícios da Previdência tem sido o de elevar o poder de manutenção da mesma no campo. Em outras palavras, mediante a garantia de uma renda mínima para as trabalhadoras rurais, as suas famílias passaram, também, à condição de beneficiárias e, em sendo assim, os fluxos migratórios do campo para a cidade foram reduzindo. Apesar de todos os avanços, porém, existem outras dificuldades concernentes às trabalhadoras idosas aposentadas rurais: grande parte delas vive sem o companheiro, é o verdadeiro chefe-de-família e sustenta os seus dependentes com um único benefício previdenciário. Esses problemas serão, contudo, abordados em estudos posteriores.

A constatação da *feminização* da velhice, por outro lado, colocou em evidência, ainda mais, a importância da extensão dos benefícios da Previdência às trabalhadoras rurais, bem como a necessidade de se criar políticas sociais que contemplem esse contingente populacional. Vivendo mais tempo que os homens (os seus principais provedores,

histórica e culturalmente) e permanecendo parte da velhice sozinhas, as mulheres passaram a depender da aposentadoria, como um dos mais relevantes arranjos institucionais de suporte na velhice.

As trabalhadoras *bóias-frias*, contudo, não conseguiram inserir-se nesse contexto de legalidade e de avanços constitucionais: elas representam, hoje, a própria exceção à regra ou o que NEVES (1992) cognomina de subcidadãs. Os empresários, ao fazerem uso da subcontratação, na Região do Vale do São Francisco, ou seja, ao remunerarem uma parcela significativa das trabalhadoras por dia de trabalho e/ou por produção, optando por não contratá-las formalmente como assalariadas, proferem uma sentença condenatória em relação às mesmas (e aos seus dependentes), ainda que não tenham a intenção de fazê-lo, compelindo-as a permanecer à margem de uma série de benefícios previdenciários, tais como a proteção à maternidade, o salário-família e qualquer cobertura financeira em casos de doença, invalidez, idade avançada e morte. Dessa maneira, ao atingir a velhice, essas mulheres viverão ao sabor de trabalhos temporários, de remunerações incertas, à mercê do desemprego – sua maior certeza, em especial após os quarenta anos de idade, por já serem incluídas no setor idoso e, via de consequência, sinônimo de baixa produtividade, segundo a visão dos empresários –, fazendo parte do contingente mais miserável e excluído da população brasileira.

Isso tudo em uma região próspera que produz frutas para a exportação, que está inserida, na atualidade, nos mercados consumidores regional, nacional e internacional e junto a empregadores que optam, preferencialmente, pela mão-de-obra feminina. E como se esses elementos não bastassem, em plena vigência de preceitos constitucionais modernos, elaborados com a finalidade de proteger as(os) trabalhadoras(es) rurais.

Nesse contexto, bastante atual é a dicotomia apontada por NEVES (1992), no tocante à noção de cidadania: esta, “mesmo

quando incorporada ao texto constitucional, através da abrangência da declaração de direitos, é principalmente um termo-questão de política simbólica”. Com efeito, a falta de identidade do ordenamento jurídico torna ineficaz o conceito de cidadania. As relações de poder se sobrepõem às questões de ilicitude. Para o referido autor, substitutivo ao conceito de cidadania, coexistem dois conceitos: a subcidadania e a sobrecidadania. Os sobrecidadãos são aqueles “grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito”. Os subcidadãos, por outro lado, “não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas dependem de suas prescrições impositivas”.

Em outras palavras, os sobrecidadãos “desfrutam dos direitos garantidos no ordenamento, utilizam-se do texto constitucional em prol de seus interesses e, no entanto, se omitem em fazer valer esses mesmos direitos para os subcidadãos. Tudo se passa como se o brocardo romano ‘*dura lex sed lex*’ apenas tivesse eficácia para os subcidadãos. Estes são excluídos do ordenamento no que concerne ao âmbito real dos direitos fundamentais; isto porque, o aparelho coercitivo estatal somente incide sobre eles com eficácia, na hora do descumprimento de um dever jurídico” (VAINSENER, 1996).

É claro que a dicotomia supramencionada não é fator desejável e positivo dentro da sociedade. Em sendo assim, considera-se de fundamental importância que a sociedade civil (organizada e/ou não organizada) pressione as Delegacias Regionais de Trabalho (D.R.T.), vinculadas ao Ministério do Trabalho, os próprios Órgãos da Previdência Social, o Ministério Público do Trabalho e que os países estrangeiros continuem utilizando, efetivamente, o *dumping* social com o objetivo de que as trabalhadoras rurais diaristas sejam incluídas na categoria de assalariadas. Caso isso não venha a ocorrer, o futuro das(os) *bóias-frias* idosas(os) continuará reproduzindo-se da forma injus-

ta e cruel que ora se apresenta, independentemente de todas as garantias e direitos promulgados pela Constituição de 1988 e do fato de viverem hoje, essas(es) trabalhadoras (es), em pleno século XXI. Parafraseando o jusfilósofo Ferdinand Lassale, a inércia política permitirá que a presente Carta Magna, quanto aos direitos previdenciários das *bóias-frias*, possa ser identificada como “uma mera folha de papel”.

Notas

¹ São chamadas (os) de *bóias-frias* as(os) trabalhadoras(es) rurais que trabalham sem vínculo empregatício formal e que são remuneradas(os) por dia de trabalho e/ou por produção. Em outras palavras, existe uma relação de trabalho, mediante a prestação de serviços, entre empregador e trabalhador, mas o contrato de trabalho não é formalizado.

² Neste artigo, apenas as mulheres que se engajavam nas atividades da agricultura irrigada como trabalhadoras *bóias-frias* foram escolhidas como cerne de estudo. No entanto, é importante frisar que os problemas relacionados à ausência de um contrato formal de trabalho e à impossibilidade de conseguir uma aposentadoria incidem sobre ambos os sexos. Assinar a Carteira de Trabalho e Previdência Social é obrigatório para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em caráter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada (VIANA, 1999).

³ Como áreas rurais de sequeiro denominam-se aquelas áreas não irrigadas, localizadas no semi-árido nordestino e afetadas pela seca.

⁴ Convém ressaltar que, embora este artigo venha enfocar somente as *bóias-frias* (hoje, idosas), foi realizada também pesquisa com um grupo de trabalhadoras assalariadas, em relação a determinados problemas e fatores por elas vivenciados.

⁵ A primeira pesquisa realizada se intitulou “Seca, Mulher e Globalização” e foi financiada pelo IDRC – International Development Research Centre, no Canadá. Contou com o apoio, também, da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (FACEPE). A segunda pesquisa, “A Seca Nordestina de 1998: Dimensões e Características Socioeconômicas – Segmento Gênero”, foi financiada pela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE). Ambas foram realizadas no ano de 1999.

⁶ As autoras utilizam aqui o conceito de Previdência Social de Castro & Lazzari (2001), qual seja,

“o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardado(a)s quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios pecuniários) ou serviços”.

⁷ “A Seguridade Social é o gênero que envolve a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde. A Previdência Social vai abranger, em suma, a cobertura de contingências decorrentes de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuição, concedendo aposentadorias, pensões etc. A Assistência Social irá tratar os hipossuficientes, destinando pequenos benefícios a pessoas que nunca contribuíram para o sistema. A Saúde pretende oferecer uma política social e econômica destinada a reduzir riscos de doenças e outros agravos, proporcionando ações e serviços para a proteção e recuperação do indivíduo” (MARTINS, 2001, p. 22).

⁸ “O princípio da solidariedade não tem previsão expressa na Constituição, mas está implícito no inciso I do art. 3º da Lei Maior, quando determina que a República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’” (MARTINS, 2001).

⁹ O perfil sócio-econômico e regional da(o) beneficiária(o) da Previdência Rural é o seguinte: majoritariamente feminino (64%), morador(a) de espaço rural ou micro urbano contíguo, com baixa escolaridade (ocorrendo isso com incidência mais alta junto à população nordestina), com predominância absoluta de idosas(os) e relações de trabalho associadas ao regime de economia familiar, e, finalmente, com fraca participação de assalariadas (os) e diaristas (DELGADO, 2000).

¹⁰ Por *dumping* social denomina-se a pressão internacional que vem sendo utilizada pelos países importadores para evitar que os países exportadores possam conquistar os mercados internacionais, às expensas da sub-remuneração de sua mão-de-obra, como, por exemplo, fazendo uso da subcontratação e do trabalho infantil, fatores responsáveis pela diminuição dos custos de seus produtos, o que representa um fator de atração bastante competitivo dentro do mercado globalizado.

¹¹ Entenda-se, aqui, por sociedade civil o conjunto de associações, instituições e indivíduos que trabalham, criando elos, para garantir a participação cidadã nas decisões da vida política. Nesse sentido, funciona em oposição ao Estado e ao mercado.

¹² Esse foi um dos argumentos que assegurou à trabalhadora rural o direito de se aposentar cinco anos antes que a trabalhadora urbana.

¹³ No caso, trata-se da aposentadoria por idade.

¹⁴ Em 1994, porém, três anos após a publicação da lei, 48% das trabalhadoras rurais ainda se aposentavam com mais de 60 anos (GALINDO; IRMÃO, 2000).

¹⁵ A título de esclarecimento, VIANNA (1999) lista os documentos de identificação pessoal necessários ao preenchimento da ficha de registro para o trabalho agrícola: fotografias, título de eleitor, certificado de reservista ou prova de alistamento militar, carteira de identidade, CPF, carteira de habilitação profissional, certidão de casamento, certidão de nascimento dos filhos menores de quatorze anos e o comprovante de cadastramento no PIS.

¹⁶ Tauá é um município do Estado do Ceará.

¹⁷ Quando as bóias-frias empregam a palavra sindicato, estão-se referindo ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais da Região, entidade que luta, sempre, pelos direitos das(os) trabalhadoras(es) assalariadas(os). O referido sindicato, porém, não tem condições de lutar pelos direitos das trabalhadoras diaristas.

¹⁸ A Articulação Nacional de Mulheres Trabalhadoras Rurais (ANMTR) vai lançar em todo o país a campanha de documentação *Nenhuma Trabalhadora Rural Sem Documento* para as trabalhadoras rurais. O objetivo é o de chamar a atenção das mulheres do campo em relação à necessidade de terem os seus próprios documentos e utilizá-los, principalmente, como reconhecimento da profissão de trabalhadora rural. As mulheres, em sua maioria, sempre utilizaram os documentos do marido. Segundo a ANMTR, dos 18,5 milhões de trabalhadoras rurais brasileiras, apenas três milhões delas têm a profissão reconhecida. A grande maioria só possui título eleitoral e certidão de casamento. Quarenta por cento das mulheres rurais, por outro lado, são trabalhadoras familiares não remuneradas, já que não têm a profissão reconhecida e valorizada. Por sua vez, 60% do setor informal brasileiro é composto de mulheres. Através dessa campanha, a ANMTR espera que, num período de um ano, 50% das trabalhadoras rurais possuam o bloco de produtora (em conjunto ou individual), ou outro tipo de documento que comprove a sua contribuição, e que sejam criados meios mais fáceis para a confecção dos documentos, como, por exemplo, o encaminhamento para que a Carteira de Identidade seja feita na própria comunidade rural (Journal Fêmea, n. 54, Brasília/DF, julho de 1997).

¹⁹ As ações afirmativas foram concebidas, nos Estados Unidos, como medidas para compensar os efeitos da discriminação racial. O termo *ação afirmativa* foi usado, pela primeira vez, pelo Presidente John Kennedy, sendo depois utilizado para beneficiar alguns segmentos da população que, historicamente, vêm sendo tolhidos de chances de parti-

cipação, devido aos preconceitos e às barreiras existentes. No caso brasileiro, as ações afirmativas relacionadas às mulheres vêm sendo implementadas nos últimos anos. Nas eleições municipais de 1996, por exemplo, elas obtiveram uma grande projeção, muito embora existam propostas anteriores, no campo do mercado de trabalho e, mais recentemente, em relação ao acesso ao crédito para mulheres chefes-de-família. Vale ressaltar que essa estratégia de promoção da igualdade tem sido questionada, pelo temor que os indivíduos possuem de serem injustos na tentativa de corrigir as injustiças. No entanto, precisa-se compreender que a sociedade é dinâmica e que as soluções para as suas dificuldades não trazem, somente, satisfações, como, ainda, insatisfações. E que não se deve, em nome de insatisfações futuras, deixar sobreviver injustiças presentes. Faz-se necessário, primeiro, resolvê-las, e, então, deixar vir novas demandas (BUARQUE & VAINSENER, 2001).

²⁰ A concessão da aposentadoria por idade às trabalhadoras rurais, com limite de idade cinco anos inferior ao das suas companheiras urbanas, bem como ao dos homens trabalhadores rurais, é um ganho das trabalhadoras rurais e um reconhecimento da dupla jornada de trabalho que elas possuem.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel C. *A seca: realidade e mito*. Recife: Asa, 1985.
- _____. *A terra e o homem no nordeste: contribuição ao estudo da questão agrária*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1986.
- SILVA, Enid Rocha Andrade. Efeitos da previdência social rural sobre a questão de gênero. In: DELGADO, Guilherme; CARDOSO JÚNIOR, José Celso (Orgs.) *A Universalização de direitos sociais no Brasil: a previdência rural nos anos 90*. Brasília: IPEA, 2000.
- BRANCO, Adélia de Melo. *Mulheres da seca: luta e visibilidade numa situação de desastre*. João Pessoa: Universitária, 2000.
- BRANCO, Adélia de Melo; VAINSENER, Semira Adler. Trabalhadoras e agrotóxicos no submédio *Cadernos de Estudos Sociais*, São Francisco. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, v. 17, n. 1, jan./jun. 2001.
- BRANCO, Adélia de Melo; VAINSENER, Semira Adler. *Gênero e globalização no submédio São Francisco*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco. (Trabalho para Discussão n. 120, out. 2001).
- BRANCO, Adelia de Melo; FISCHER, Izaura R.; MELO, Lúcia, A. *A seca nordestina de 1998: dimensões e características socioeconômicas: segmento gênero*. Recife: SUDENE/Fundação Joaquim Nabuco, 1999. (mimeo)
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BUARQUE, Cristina; VAINSENER, Semira Adler. *ONGs no Brasil e a questão de gênero*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco. (Trabalho para Discussão n. 123, nov. 2001).
- CASTRO, Carlos A. P. de; LAZZARI, João B. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001.
- DELGADO, Guilherme. A pesquisa de avaliação da previdência social rural contextualizada. In: DELGADO, Guilherme; CARDOSO JÚNIOR, José Celso (Orgs.) *A universalização de direitos sociais no Brasil: A previdência rural nos anos 90*. Brasília: IPEA, 2000.
- GALINDO, Osmil; IRMÃO, José Ferreira. A previdência rural e a recuperação econômica e social das famílias no nordeste. In: DELGADO, Guilherme; CARDOSO JÚNIOR, José Celso (Orgs.) *A universalização de direitos sociais no Brasil: a previdência rural nos anos 90*. Brasília: IPEA, 2000.
- FÊMEA. Brasília, CFEMEA, Centro Feminista de Estudos e Assessoria, n. 34, nov. 1995.
- _____. n. 54, jul. 1997.
- _____. n. 87, abr. 2000.
- CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, 98: Trabalhadores Rurais/ Petrolina, Santa Maria da Boa Vista e Lagoa Grande/PE. Petrolina: Tribuna do Sertão. 1998.
- DUARTE, Renato. *A seca nordestina de 1998-1999: da crise econômica à calamidade social*. Recife: SUDENE/Fundação Joaquim Nabuco, 1999.
- GUIMARÃES NETO, Leonardo. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. *Estudos Avançados*, São Paulo, v.11, n. 29, jan./abr. 1997.
- LINS, Carlos C. *Região semi-árida*. Recife: SUDENE, 1989. (mimeo).
- MARTINS, Sergio P. *Fundamentos de direito da seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MOREIRA, Morvan de Mello. O envelhecimento da população brasileira: intensidade, feminização e dependência. *ABEP*, Brasília, v. 15, n. 1, p 79-93, jan./jun. 1998.

- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Revista Acadêmica*, Recife, p. 77-97, 1992.
- OLIVEIRA, Antonio Carlos de. *Direito do trabalho e previdência social: estudos*. São Paulo: LTr, 1996.
- PESSOA, Dirceu; CAVALCANTI, C. *A seca nordestina de 79-80: visão geral* Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Instituto de Pesquisas Sociais, [1983?] v.1.
- SANTOS, Taís de Freitas; BRANCO, Adélia de Melo. *Semi-árido nordestino: novo palco da dramaturgia malthusiana: algumas notas para reflexão*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001. (mimeo)
- SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Recife: SOS Corpo, 1996.
- VAINSENER, Tânia. *A alopoiese nas sobrenormas penais da subcidadania brasileira*. Recife, 1996. (mimeo)
- VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Atividade rural: prática trabalhista e previdenciária*. São Paulo: LTr, 1999.

O direito da concorrência e a defesa comercial: complementaridade na defesa da ordem econômica

Giovani Ribeiro Loss

Sumário

1. Introdução. 2. O direito da concorrência e a defesa comercial. 2.1. O direito da concorrência: breves comentários. 2.2. A defesa comercial: breves comentários. 2.3. As diferenças óticas: caracterização. 2.4. O direito comunitário da concorrência. 3. A relação atual: o problema. 3.1. Art. 91: conflito de competência. 3.2. O inciso XIX do art. 21: impropriedade. 4. A complementaridade na defesa da ordem econômica. 5. Conclusão.

1. Introdução

A nova dimensão econômica mundial vem provocando profundas alterações nas economias nacionais, restringindo o campo de atuação dos Estados e forçando a revisão nos limites do intervencionismo¹. Trata-se do fenômeno da globalização², tal como explica José Eduardo FARIA:

“Abertura política, estabilização econômica e reforma social foram os grandes desafios da América Latina, ao longo da última década. O maior problema de várias nações do continente foi ter de enfrentá-las ao mesmo tempo, pois as respectivas lógicas, ritmos, processos e horizontes temporais desses três desafios são tradicionalmente distintos e muitas vezes conflitivos” (1998, p. 127).

Sob influência desse processo³, o Estado brasileiro⁴, principalmente a partir do final dos anos 80⁵, implementou importantes alterações no meio jurídico.

Giovani Ribeiro Loss é advogado associado do escritório Pinheiro Neto – Advogados, em São Paulo.

A intervenção direta estatal deixou de ser supletiva à iniciativa privada, como na Constituição de 1967, sendo limitada aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei⁶. O Estado brasileiro passou a enfatizar a função de agente regulador e normativo, evidenciada pelo artigo 174, *caput*, da Constituição de 1988⁷.

Também no âmbito da concorrência empresarial, naturalmente, o fenômeno da globalização trouxe conseqüências, do que trata Elizabeth FARINA ([19- -?], p. 63):

“Quais são as conseqüências desse processo, no sentido de definição das estratégias empresariais? *O resultado é simples: pressão competitiva. E a pressão vem de dois lados; o primeiro lado é a competição de produtos. Produtos importados ou produtos que vão ser produzidos por empresas que vão fazer investimento direto nos espaços nacionais, nas regiões que integram os mercados comuns.(...) O outro tipo de pressão competitiva que se cria é a pressão competitiva pela compra das próprias empresas, isto é, você pode ser ineficiente e alguém enxergar que a sua empresa bem administrada seria um bom negócio*”. (Grifo nosso)

O aumento da concorrência entre empresas, tanto externa, pelo crescimento do comércio exterior, quanto interna, pela entrada de novos *players* no mercado nacional, ensejou, claramente, uma maior importância jurídica do seu controle, o que fala Gesner OLIVEIRA ([19- -?], p. 4):

“Do ponto de vista da importância da defesa da concorrência, gostaria de ressaltar que *tanto no plano internacional quanto no doméstico, o processo de globalização aumenta a importância da defesa da concorrência, e não o contrário. (...) Com o processo de desestatização e desregulamentação nas economias maduras, o que ocorre é que o monitoramento dos mercados tornou-se mais importante. Essa foi a experiência americana, essa foi a ex-*

periência britânica e essa é a experiência, em geral, de países que diminuem o grau de intervenção do Estado na economia. Ou seja, a menor participação do Estado na economia corresponde à maior necessidade de monitoramento dos mercados”. (Grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se considerar que a concorrência empresarial possui duas importantes faces, ambas merecedoras da devida atenção do Estado, quais sejam: a concorrência interna, que seria aquela que envolve apenas os estabelecimentos dentro de um mesmo mercado⁸, e a concorrência externa, envolvendo os estabelecimentos localizados fora do mercado, por meio das operações de comércio exterior.

Uma mesma empresa pode possuir, e muitas vezes possui, concorrentes internos e externos ao mesmo tempo; uma situação, é claro, não exclui a outra. A respeito da existência de duas faces do direito da concorrência, veja-se Mauro GRINBERG:

“I. O direito interno da concorrência:”

“O direito da concorrência empresarial tem sido objeto de grandes discussões e de um extraordinário desenvolvimento nos anos recentes, daí decorrendo a grande importância dada aos órgãos de aplicação de tal direito, notadamente a Secretaria de Direito Econômico – SDE, órgão do Ministério da Justiça, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.

(...)

“II. O direito externo da concorrência:”

“A história do direito externo da concorrência é menos linear e por ora ainda incipiente, sendo certo que esperamos poder traçá-la com maiores detalhes em futuro breve”.

(...)

“III. Conclusão:”

“O direito da concorrência pode ser visto como um direito de duas fa-

ces, a interna e a externa, ambas merecedoras de apreciação dos que se dedicam a tal estudo” (1996, p. 29).

No mesmo sentido, Gesner OLIVEIRA explica as várias concepções do termo “concorrência desleal”:

“...a concorrência desleal se refere por vezes à entrada de produtos estrangeiros mediante, por exemplo, a prática de *dumping*. (...)

Trata-se de discriminação de preços entre mercados diferentes, passível de punição pelas regras da OMC recepcionadas pela legislação brasileira (...).

Por fim, a concorrência desleal pode-se referir a práticas de concorrentes domésticos, sendo neste caso tratada pela lei de defesa da concorrência e portanto da competência do CADE, da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) dos ministérios da Justiça e Fazenda, respectivamente”(2001).

É o estudo da relação entre os dois institutos legais, do “Direito da Concorrência” e da “Defesa Comercial”, como instrumentos de política econômica⁹, que implicam a regulação¹⁰ do fenômeno da concorrência, interna e externa, respectivamente, que se pretende realizar no presente trabalho.

A manutenção da Ordem Econômica nacional¹¹, como se verá, está diretamente ligada ao emprego de tais institutos, o que implica a necessária sintonia de sua utilização para o bem da “saúde” do mercado e da coletividade.

2. O direito da concorrência e a defesa comercial

2.1. O direito da concorrência: breves comentários

Em atenção à fiscalização¹² das atividades econômicas¹³ relativas à concorrência interna, o Estado brasileiro promulgou a Lei

8.884/94, visando atender aos reclames de um novo contexto globalizado, em que se intenta proteger os interesses da coletividade (art. 1º, parágrafo único), analisando-se eficiências e antieficiências¹⁴, distribuição equitativa dos benefícios e, ao mesmo tempo, incentivando a função social das empresas e fomentando o desenvolvimento da indústria.

De fato, o intuito da criação de dispositivo legal com a natureza de proteção da concorrência já existia no Brasil, tendo seu início sob a égide da Constituição de 1937, com a edição do Decreto-Lei 869/38, que veio regulamentar o art. 141 daquela Constituição, não tendo sido tal dispositivo, contudo, colocado em prática.

As Leis 4.137/62¹⁵ e 8.158/91¹⁶ se destacaram na história do direito concorrencial brasileiro, antes da Lei 8.884/94, restando claro, contudo, que o propósito de tais normas era exclusivamente o caráter repressivo, o que não satisfaz as necessidades econômico-jurídicas concorrenciais do contexto atual.

Pela Lei 8.884/94, o legislador alterou a natureza jurídica do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, existente desde a Lei 4.137/62, conferindo-lhe a posição de autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, e consagrando-lhe os papéis educativo, preventivo e repressivo¹⁷.

O papel educativo do CADE consiste na difusão da cultura da concorrência, promovida por meio de palestras, seminários, intercâmbios, página na internet, fórum permanente da concorrência, entre outros métodos.

O papel preventivo, por sua vez, dá-se por meio da análise de “atos de concentração”, como, por exemplo, fusões, aquisições, *joint ventures*, *holdings* e contratos entre empresas concorrentes.

O papel repressivo, por fim, consiste, em suma, na instauração de processos administrativos acerca da verificação de possíveis infrações contra a ordem econômica.

Ademais, a Lei 8.884/94 também formalizou os procedimentos administrativos na análise de casos, determinando os papéis

da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, e iniciou a estruturação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, baseado não só nessa lei, mas também nas demais legislações que deram origem às Agências Regulatórias.

A análise do princípio constitucional da livre concorrência¹⁸, promovida pela Lei 8.884/94, deve observância ao *caput* do art. 170, buscando-se, por meio de sua inviolabilidade, assegurar a concorrência como meio de alcance aos fundamentos da ordem econômica, quais sejam, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, atendendo aos interesses da coletividade. Tal raciocínio resulta de sua característica de instrumento de política econômica¹⁹, o que deixa claro a Professora Isabel VAZ (1993, p. 9):

“Assim como é preciso repensar o conceito de desenvolvimento, impõe-se uma análise crítica do regime da concorrência no Brasil. Defende-se a opinião segundo a qual a concorrência empresarial “não é um valor-fim, mas um valor meio” classificada como instituto jurídico filiado às normas do Direito econômico. E nesta condição, adquire a natureza de instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal não é simplesmente reprimir práticas econômicas abusivas e sim estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço de desenvolvimento, tal como descrito por Perroux”²⁰.

No que tange, também, à relação das leis da concorrência com os valores políticos, cite-se Robert PITOFSKY, presidente da *Federal Trade Commission* – FTC:

“It is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws. ‘By ‘political values’ I mean, first, a fear that excessive concentration of economic power will breed antidemocratic political

pressures, and second, a desire to enhance individual and business freedom by reducing the range within which private discretion by a few in the economic sphere controls the welfare of all” (1979).

2.2. A defesa comercial: breves comentários

A defesa comercial brasileira tem origem mais recente do que o direito da concorrência. Apesar de o Brasil ter-se tornado signatário dos Códigos *Antidumping* e de Subsídios e Medidas Compensatórias do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), atual Organização Mundial do Comércio – OMC, ao final da Rodada de Tóquio, em abril de 1979, somente em 1987 esses acordos tornaram-se parte integrante do ordenamento jurídico pátrio.

Até a implementação desses Códigos, estiveram em vigor severos meios de controle administrativo de importação, quais sejam, a pauta de valor mínimo e os preços de referência (BRASIL, [19- -?]), instrumentos que conflitavam com as normas do GATT²¹, tornando-se fonte de desgaste permanente nos foros internacionais.

O período entre 1945 e 1980²² é denominado pela doutrina econômica como “substitutivo das importações”²³, significando o processo de desenvolvimento interno que tem lugar e se orienta sob o impulso de restrições externas²⁴, o que já expressa a intenção eminentemente protecionista da política brasileira de comércio exterior.

Destacam-se na história da defesa comercial brasileira as Leis 2.145/53 e 3.244/57. A primeira criou a antiga CACEX, Carteira de Comércio Exterior, e a segunda regulava a atuação da antiga CPA, Comissão de Política Aduaneira, sendo denominada Lei de Tarifas Alfandegárias²⁵, tendo introduzido no Brasil a pauta de valor mínimo²⁶ e o preço de referência²⁷ já citados.

Com a implementação de instrumentos de política econômico-comercial que a comunidade internacional indicava serem adequados para a defesa da indústria doméstica, o Brasil passou a melhor se inserir no contexto do comércio internacional.

Em dezembro de 1994, o Brasil incorporou os resultados das negociações da Rodada Uruguai, com a edição do Decreto nº 1.355, enquanto, concomitantemente, ocorreu a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC²⁸, com o objetivo, primordial, de institucionalizar as relações comerciais no âmbito internacional.

Nesse contexto, o governo brasileiro decide pela criação de um órgão especializado na defesa comercial e, para tanto, em 1995, cria o Departamento de Defesa Comercial – DECOM²⁹, da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX³⁰, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC, responsável pela instauração e instrução de processos relativos a essa matéria.

Ressalte-se que a investigação e definição de práticas anticoncorrenciais, no que tange à defesa comercial, cabe aos países, mesmo que membros da OMC, na conformidade com suas legislações internas, não devendo a OMC decidir sobre a aplicação da legislação interna dos Estados. Isso significa que a incorporação da defesa comercial nos contornos da OMC é facultativa, não obstante a decisão interna poder ser submetida à própria OMC, por se tratar de tema objeto de tratado internacional dessa organização (BELTRAME, 2001, p. 123).

A competência para aplicação dos dispositivos de defesa comercial no Brasil, relacionados ao *dumping*, subsídios e salvaguardas, que, originariamente, pertenciam, conjuntamente, ao Ministério da Fazenda e ao MDIC, por força da Medida Provisória 2.113-27 e do Decreto 3.756/01, passou a ser da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX.

Os institutos de defesa comercial podem ser assim definidos³¹:

- Medidas *antidumping*³² – visam prevenção contra o *dumping*, que é a exportação por uma empresa de produto a preço de exportação inferior àquele praticado para produto similar nas vendas para o seu mercado interno (valor normal³³).

- Medidas compensatórias – visam proteger o mercado contra os subsídios, que são concessão de um benefício, em função das seguintes hipóteses:

1. haja, no país exportador, qualquer forma de sustentação de renda ou de preços que, direta ou indiretamente, contribua para aumentar exportações ou reduzir importações de qualquer produto; ou

2. haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território do país exportador.

- Medidas de salvaguarda – medidas que objetivam aumentar, temporariamente, a proteção a uma indústria doméstica que esteja sofrendo prejuízo grave ou ameaça de prejuízo grave decorrente de aumento, em quantidade, das importações, em termos absolutos ou em relação à produção nacional.

2.3. As diferenças óticas: caracterização

Ambos os institutos aqui tratados, do direito da concorrência e da defesa comercial, tal como já referido, envolvem questões relativas ao fenômeno da concorrência³⁴, mesmo que por ângulos diferentes.

Antes de tudo, deve-se considerar que, para efeito de comparação entre a defesa comercial e o direito da concorrência que aqui se fará, apenas a função repressiva do CADE deva ser objeto de análise.

Apesar de ambos os institutos envolverem o fenômeno da concorrência, a defesa comercial, tal como a análise das infrações contra a ordem econômica, atinge o ato objeto de apreciação *a posteriori*³⁵, o que impede qualquer similitude desse instituto com as demais funções do CADE, ou seja, a função educativa e a função preventiva.

2.3.1. Natureza punitiva X natureza compensatória

Um dos diferentes ângulos pelo qual se pode distanciar o direito da concorrência e a defesa comercial refere-se às implicações

resultantes da caracterização de condutas anticoncorrenciais.

Não se trata aqui da existência de diferentes sanções, mas sim de naturezas jurídicas díspares para as implicações resultantes de tais institutos.

O direito da concorrência consagra a natureza punitiva em suas implicações, estabelecendo a Lei 8.884/94 penas pesadas aos infratores da ordem econômica, consubstanciadas, primeiramente, em pena de multa, prevista no art. 23, e, possivelmente, em penas alternativas, previstas no seu art. 24³⁶, quando exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. A respeito das penas para o caso de infrações contra a ordem econômica, cite-se João Bosco Leopoldino da FONSECA (1999, p. 105):

“Quanto às penas cominadas pela lei, é de assinalar-se que devem ser efetivamente pesadas, de tal forma a desestimular a infração da ordem econômica. As penas não poderiam ser leves, porque, se o fossem, seriam um incentivo para descumprir a lei: seria mais interessante pagar as multas (se suaves) e continuar infringindo a lei³⁷”.

De fato, o próprio art. 23, inciso I, da Lei 8.884/94, que trata das penas às empresas, deixa claro o intuito punitivo da lei ao destacar, quando se refere à pena a ser aplicada: “a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

O objetivo da Lei de Defesa da concorrência, portanto, no que se refere às implicações da configuração de infrações contra a ordem econômica, é claramente sancionatório, buscando por meio de sua natureza punitiva a repressão das condutas consideradas ilegais.

O raciocínio empregado na defesa comercial, por sua vez, apresenta-se, no que tange às suas implicações, bem diferente. A natureza jurídica dos dispositivos de defesa comercial é uma das grandes questões levantadas pela doutrina. Acorda-se³⁸, no presente trabalho, com a posição levantada

por Tércio Sampaio FERRAZ, José Del CHIARO e Mauro GRINBERG (1994, p. 95):

“Em conclusão, a imposição dos direitos *antidumping* e compensatórios não constitui pena imposta ao importador, mas uma imposição para-tarifária de direito econômico internacional que reequilibra, para o mercado interno, um equilíbrio de competitividade rompido”.

De fato, as medidas de defesa comercial objetivam constituir o preço do bem ou serviço em situação de normalidade. Com o objetivo de neutralizar os efeitos danosos à indústria nacional, fruto das importações realizadas a preço de *dumping*, são criados direitos *antidumping*, que deverão ser iguais ou inferiores à margem de “*dumping*” calculada, buscando-se, assim, o equilíbrio das relações comerciais no mercado. No mesmo sentido, as medidas compensatórias têm como objetivo, tão-somente, compensar o subsídio concedido, direta ou indiretamente, no país exportador, para fabricação, produção, exportação, ou ao transporte de qualquer produto, cuja exportação ao Brasil cause dano à indústria doméstica. No caso das medidas de salvaguarda, também, o que se busca é uma proteção ao setor da indústria momentaneamente em crise, de forma alguma uma punição aos concorrentes desse setor.

A própria ordem internacional repudia disposições punitivas em relação às medidas de defesa comercial, o que, inclusive, vem sendo um problema para os Estados Unidos, já que o *Anti-dumping Act of 1916* prevê que, na apuração de *dumping*, havendo condenação, as penas podem variar entre indenização, multa ou prisão (BELTRAME, 2001).

2.3.2. Mercado relevante X mercado do produto

Deve-se ressaltar que, também quanto à análise do mercado, diferem-se essas duas formas de proteção à concorrência desleal. Enquanto o direito da concorrência requer a determinação do chamado “mercado rele-

vante”, para a identificação da capacidade de o agente distorcer a concorrência, a defesa comercial, de forma mais simples, exige, tão-somente, a determinação do mercado do produto.

De fato, a determinação de um mercado relevante é dos pontos mais polêmicos do direito da concorrência. A definição de um mercado relevante envolve, em suma, dois aspectos, quais sejam: o aspecto do produto e o aspecto geográfico, decorrendo sua relevância da necessidade de se avaliarem as condições de concorrência (FONSECA, 2001, p. 153).

A Resolução 15/98 do CADE define mercado relevante do produto e mercado relevante geográfico:

“Um *mercado relevante do produto* compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante de produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento”.

“Um *mercado relevante geográfico* compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas le-

vadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições na área considerada”.

Importante notar que devem ser analisadas as chamadas barreiras à entrada para determinação de um mercado relevante, ou seja, as condições de acesso ao mercado. Deve-se destacar que importações não são consideradas entrada, *committed entry*; embora sejam fundamentais para disciplinar o mercado, são consideradas *uncommitted entry*³⁹.

No caso da defesa comercial, diferentemente do direito da concorrência, o mercado considerado na análise de defesa comercial é o de identidade (ou similaridade) física dos bens, ou seja, envolve análise apenas do mercado de produtos, não se fazendo análise do mercado geográfico.

Tal raciocínio tem fundamento lógico, já que o que importa à defesa comercial, como se verá, é a proteção do mercado interno, não sendo necessária análise do espaço geográfico específico das importações.

2.3.3. Coletividade X produtores domésticos

O parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94 deixa claro que a coletividade⁴⁰ é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei de Defesa da Concorrência⁴¹. Nesse sentido, percebe-se a importância desse postulado como fator de desenvolvimento, restando certo que seu ímpeto não é a defesa do concorrente, mas da concorrência e de seus benefícios para a coletividade e para o mercado, conforme avisa Gabrielle MARCEAU (1997, p. 19):

“O eventual erro de julgamento por parte das autoridades de defesa da concorrência, nesses casos, implica a geração de maiores preços para os consumidores e a coibição das condutas em relação às quais a lei anti-truste de qualquer país deseja justamente estimular e proteger: condutas competitivas, voltadas, ainda que não exclusivamente, para a redução de

preços. A dificuldade de distinguir concorrência de predação tem levado economistas e advogados a prover possíveis testes ou regras prontas para reconhecer predação em preço. Tais testes buscam distinguir os competidores não-eficientes dos eficientes. Não há, entretanto, nenhum consenso em como identificar práticas predatórias domésticas *ex ante*. A dificuldade ocorre porque a linha divisória entre um preço altamente competitivo e um preço predatório é bastante tênue. Não existe uma única definição aceita do que constitui predação. Daí que essa prática é basicamente definida em razão de sua consequência: a eliminação do concorrente eficiente, aquele cuja existência, de certa forma, representa um benefício para os consumidores”⁴².

Considera-se, por conseguinte, que são prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica, primeiramente, a coletividade e, somente secundariamente, as pessoas físicas e jurídicas. A esse respeito, cite-se João Bosco Leopoldino de FONSECA (2001, p. 222):

“É preciso salientar que o titular dos bens protegidos pela lei antitruste é a coletividade, como consta do parágrafo único do art. 1º da lei. As infrações tipificadas nos arts. 20 e 21 caracterizam, acima de tudo, ofensas ao mercado, e só secundariamente aos indivíduos. Os prejudicados seriam, assim, a coletividade e, secundariamente, pessoas físicas e jurídicas”.

Seguindo esse entendimento, a Lei 8.884/94 permite a representação a qualquer interessado, em seu artigo 30, que deixa claro: “a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado”.

Também no caso da defesa comercial, busca-se a proteção do funcionamento regular do mercado, por meio da manutenção

da concorrência. Sobre o objetivo⁴³ da legislação *antidumping*, cite-se José Del CHIARO, João Marcos SILVEIRA e Selma M. Ferreira LEMES (1997, p. 64):

“Nesse sentido, em face do exposto no item 2 acima, é indubitável que o fundamento e objetivo da legislação *antidumping* é a PROTEÇÃO DO MERCADO”.

Logicamente, esse também é um interesse da coletividade, devendo-se destacar, contudo, que a lógica da titularidade dos direitos protegidos pela defesa comercial não é a mesma do direito da concorrência.

Não obstante ser a coletividade também interessada na imposição de medidas de defesa comercial, a titularidade dos bens jurídicos protegidos pelo Decreto 1.355/94 é dos *players* do mercado afetados pelo dano.

Consideram-se prejudicados, portanto, para fins de defesa comercial, em primeiro plano, os produtores domésticos do setor do mercado afetado pelo *dumping* ou pelo subsídio e, em segundo plano, a coletividade⁴⁴.

A própria legislação de defesa comercial deixa claro esse entendimento, restringindo a possibilidade de solicitar, por meio de petição, a investigação, com vistas à aplicação de medidas *antidumping*, compensatórias ou de salvaguarda, aos produtores ou entidades de classe prejudicados⁴⁵.

De fato, a defesa comercial, diferentemente do direito da concorrência, busca a defesa dos concorrentes, produtores domésticos, frente aos exportadores estrangeiros, devendo-se ressaltar, contudo, que não deve ser entendida essa afirmação como protecionismo à indústria nacional ineficiente⁴⁶, mas sim defesa da economia nacional.

O interesse da coletividade, mesmo que sua titularidade seja indireta, permanece garantido em função do cunho preponderantemente político da decisão sobre a aplicação das medidas de defesa comercial, sendo assegurado ao governo, em circunstâncias excepcionais, mesmo na comprovação de *dumping* ou de subsídio acionável, por razões de interesse nacional, ou seja, de in-

teresse coletivo, a suspensão da aplicação do direito *antidumping* ou compensatório, sua redução, ou mesmo sua inaplicação⁴⁷.

2.4. O direito comunitário da concorrência

O direito comunitário da concorrência é condição indeclinável para o funcionamento de um mercado comum e contingência natural de sua existência, consubstanciando-se na instituição de mecanismos de concorrência comuns aos países participantes desse mercado (CAMPELLO, 2001, p. 139).

Nesse particular, a relação entre o direito da concorrência e a defesa comercial aparece como ponto importante de análise para a harmonização das normas do direito da concorrência, o que não constitui um tema novo no âmbito da OMC⁴⁸.

De fato, uma das conseqüências evidentes da internacionalização do comércio é o aumento das práticas anticompetitivas em nível internacional e a realização de operações entre empresas que provocam efeitos em mais de um país; por isso, discute-se a criação de um direito da concorrência em nível internacional, mesmo fora do âmbito dos mercados comuns.

As regras atuais a esse respeito apresentam-se claramente insuficientes e os trabalhos realizados na OCDE⁴⁹, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, tanto quanto na OMC⁵⁰, por serem de meras recomendações, não surtiram grandes efeitos para os Estados. Mesmo existindo vários grupos de estudo⁵¹ sobre o tema, não se encontrou, ainda, um denominador comum⁵².

O que se pretende esclarecer no presente trabalho, no que tange aos mercados comuns e à concorrência, é a importância da convergência entre o direito da concorrência e a defesa comercial, em particular das normas *antidumping*, no plano regional.

Tendo sido suprimidas barreiras e entraves de origem estatal às liberdades de troca, com a consecução de um espaço econômico de mercado único, torna-se especialmente necessário um maior controle das relações de concorrência, o que só pode ocor-

rer pela quebra da defesa comercial e expansão da abrangência da defesa da concorrência, com a devida constituição de regras comuns aos países-membros desse mercado.

Assim fez a União Européia, que, com a consecução de uma União Aduaneira, por intermédio do Tratado de Roma, considerou esgotado o fundamento jurídico da política anti-*dumping* intracomunitária, que se fundamentava, no período de transição, no art. 91 desse tratado, criando uma política comum frente ao *dumping*, baseada no art. 133.

No que tange ao Mercosul, esse raciocínio também fora desenvolvido, embora não colocado em prática, constando do art. 2º da Decisão 18/96 do Mercosul, que aprovou o Protocolo de Fortaleza, que as investigações de *dumping* realizadas por um Estado Parte serão efetuadas de acordo com as legislações nacionais somente até dezembro de 2000. É o que também defende o CADE, conforme seu RELATÓRIO anual 1998/99 (p. 176):

“Assim, parece razoável supor que a defesa de uma posição mais forte no sentido de substituição do padrão de prova atual do *antidumping* para o de preço predatório incorreria em benefícios líquidos para o País. Uma mudança dessa natureza no âmbito do Mercosul pareceria, além disso, oportuna ao proporcionar o fortalecimento e a consolidação das relações comerciais na União Aduaneira, concentrando as aspirações contidas na letra e no espírito do Protocolo de Fortaleza”.

A queda de barreiras estatais ao comércio, em nível comunitário, facilita a realização das práticas anticompetitivas intercomunitárias, sendo esse o principal fundamento da convergência do direito da concorrência e da defesa comercial nesse plano, objetivando-se, com isso, a manutenção do bom funcionamento do mercado⁵³.

3. A relação atual: o problema

O problema a ser analisado no presente ponto refere-se à relação atual entre os ór-

gãos e as legislações que tratam do direito da concorrência e da defesa comercial no Brasil. A primeira observação a ser feita é que o CADE e a CAMEX mantêm relação incipiente, restringindo-se essa à troca de informações quando do surgimento de casos que envolvem esses institutos.

A legislação que trata da defesa comercial no Brasil não possui qualquer dispositivo que envolva sua relação com a legislação do direito da concorrência, o que é justificável, mesmo que não desejável, tendo em vista que seu ângulo de visão é voltado exclusivamente para o comércio exterior.

Diferentemente, no que tange à legislação do direito da concorrência, é necessário que existam dispositivos dessa natureza, levando-se em conta as conseqüências do comércio exterior dentro do mercado interno. No direito concorrencial brasileiro, esse tema é tratado por dois dispositivos da Lei 8.884/94, quais sejam, o art. 91 e o inciso XIX do art. 21, que, como se verá, criam confusão sobre a relação entre esses institutos.

3.1. Art. 91: conflito de competência

A interpretação dada ao art. 91⁵⁴ da Lei 8.884/94 cria conflito de competência entre o CADE e a CAMEX, ainda não analisado pela doutrina. A transcrição de parte do Voto do então Conselheiro-Relator Mércio Felsky, no Processo Administrativo nº 0800.013002/95-97, é pertinente para evidenciar o problema:

“A distinção entre os conceitos (*dumping*, *underselling* e preço predatório), frise-se, tem conseqüências práticas, uma vez que, como regra geral, a importação de produtos com *dumping* escapa à competência do CADE e às normas de defesa da concorrência, com exceção do caso de país não membro da OMC, conforme o art. 91 da Lei 8.884/94”⁵⁵.

Como se vê, o CADE, analisando o art. 91, considerou-se competente para os casos de *dumping* provenientes de países não membros da OMC. No mesmo sentido, o

ex-presidente do CADE, Gesner OLIVEIRA, (2001c) afirma:

“Ao contrário do que freqüentemente se imagina, casos deste tipo não são tratados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), exceto quando o país de origem do *dumping* não for membro da OMC”.

De fato, ao art. 91 da Lei 8.884/94 poderia realmente ser dada essa interpretação, com base na informação negativa que transparece em sua redação, confira-se:

“Art. 91. O disposto nesta Lei não se aplica aos casos de *dumping* e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nº 93.941 e nº 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente”.

Ocorre que o DECOM, órgão responsável pela instauração e instrução de processos relativos à defesa comercial, em seu relatório anual de 1999, apresenta dados que comprovam a análise de inúmeros processos de países que não são membros da OMC. Fundamenta-se sua competência no Decreto 1.355/94, que criou o procedimento de análise do *dumping* sem fazer distinção entre países signatários ou não-signatários da OMC, seguindo a tradição dos instrumentos de defesa comercial anteriores, revogados pela edição daquele decreto, que também não faziam qualquer distinção.

A esse conflito criado pela interpretação dada ao art. 91 da Lei 8.884/94 sugere-se solução no presente trabalho, considerando-se sua importante função esclarecedora, merecendo essa questão análise da doutrina.

A propósito da solução a ser dada, antes de tudo, deve-se ressaltar a posição do Supremo Tribunal Federal⁵⁶, que entende ter força de lei ordinária o direito internacional quando incorporado pela legislação pátria.

Assim sendo, o Decreto 1.355/94, resultado da Rodada Uruguai, mesmo que sob a forma de Decreto, teria força de lei ordinária.

ria, o que implicaria a revogação de qualquer competência sobre *dumping* conferida ao CADE, já que o Decreto 1.355/94 é de 30.12.94, enquanto a Lei 8.884/94 é de 11.06.94, portanto anterior⁵⁷.

Vencido o aspecto formal, buscando-se agora uma análise mais sistemática do problema, deve-se observar que as diferenças entre os procedimentos dos dois institutos, ressaltadas no presente trabalho, deixam claro que o procedimento de análise da Lei 8.884/94 é totalmente diferenciado daquele indicado pela ordem internacional, podendo, se utilizado, causar problemas para o Brasil nos foros internacionais.

Como se não bastasse, a criação de um procedimento específico para países não-sinatários da OMC, com caráter punitivo, é contrária ao princípio da nação mais favorecida, adotado pela OMC e aplicado à defesa da concorrência brasileira⁵⁸.

Por tudo isso, é de se concluir sobre esse conflito que a CAMEX é o órgão competente para a análise de qualquer caso de *dumping*, seja ele de país signatário ou não da OMC, restando ao CADE, contudo, importante função quanto às conseqüências do *dumping* para a defesa da ordem econômica no mercado nacional.

3. 2. O inciso XIX do art. 21: impropriedade

O inciso XIX do art. 21 da Lei 8.884/94 trata exatamente da conseqüência do *dumping* para o mercado interno. A Lei 8.158/91⁵⁹, em seu art. 3º, inciso XIV, já trazia vedação à importação, exportação e comercialização de mercadoria abaixo do preço praticado no país exportador. O art. 3º da Lei 8.158/91 inspirou o art. 21 da Lei 8.884/94, que trouxe novamente a questão do *dumping* para a concorrência, agora em seu inciso XIX, mas com algumas modificações.

Esse dispositivo, como diz Carlos Francisco MAGALHÃES (1994), analisando o revogado inciso XIV do art. 3º da Lei 8.158/91, realiza importante função⁶⁰, objetivando punição ao importador que tira proveito do *dumping* como preço predatório:

“Na lei 8.158 foi realmente uma punição, especialmente para o importador, aquele que traz a mercadoria e que realmente é o responsável pelos preços predatórios praticados aqui”.

O problema a ser levantado quanto a esse inciso é que sua redação padece de certa impropriedade, restando claro que o intuito da crítica no presente trabalho é construtivo em que pese a elaboração da nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira.

Como se sabe, ao direito concorrencial não é relevante a relação entre o exportador e o importador do produto *dumpiado*, essa relação é objeto da defesa comercial, sendo importante ao direito da concorrência o repasse do preço *dumpiado* ao mercado interno, com a possível configuração do preço predatório. Esse também é o entendimento de Carlos Francisco MAGALHÃES (1994, p. 55), em comentários ao inciso XIV do art. 3º da Lei 8.158/91:

“Nós não vemos, sob o ponto de vista da legislação concorrencial única e exclusivamente, não vemos nenhuma infração no fato de o importador trazer uma mercadoria dumpiada, vamos falar assim, a preço realmente fora dos custos normais, quando acresce a este preço valores tais que coadune a mercadoria com os preços praticados no Brasil. Quer dizer que o importador que não pratica preços predatórios na revenda não estaria sujeito a sanções previstas neste dispositivo, o que é diferente na imposição tarifária, cujo mérito eu não gostaria de entrar”.

Por essa razão, a redação dada ao inciso XIX parece totalmente imprópria, já que, não obstante a ausência do termo “comercializar”, a existência de qualquer discriminação a países não-sinatários do Código *Antidumping* e Subsídios da OMC não tem razão de ser. Afinal, os prejuízos causados ao mercado interno pela comercialização de mercadoria *dumpiada* proveniente de país membro ou não da OMC são os mesmos. Da mes-

ma forma, não importa a que preço a mercadoria foi importada, se a preço de custo ou não; o que importa é o preço de revenda dessa mercadoria para o mercado interno, se é predatório ou não.

A necessidade de alteração do inciso XIX, art. 21⁶¹, é clara e necessária, devendo o legislador fazê-la com vistas a esclarecer a coletividade, maior interessada.

4. A complementaridade na defesa da ordem econômica

No que tange às similitudes entre o direito da concorrência e a defesa comercial, POSNER (1998, p. 335) faz uma importante constatação, que merece reflexão:

“Although the anti-dumping and countervailing-duty provisions are not conventionally classified as antitrust laws, they rest, or at least purport to rest, on similar policies”.

Para Posner, tanto o *dumping* quanto os subsídios representam desvios de eficiência e de preços competitivos, guardando a política de defesa comercial, portanto, extrema similaridade com a política do direito da concorrência.

Essa conclusão a que chegou Posner leva a um raciocínio simples, mas que o direito brasileiro ainda não ponderou: a complementaridade entre essas duas políticas.

No Brasil, de fato, essa complementaridade encontra ainda mais fundamentos, porquanto, no direito brasileiro, o direito da concorrência ganhou nítida posição de instrumento de política econômica, garantindo-se a concorrência como valor-meio para a consecução do desenvolvimento econômico, interesse da coletividade⁶². A esse respeito, cite-se Paula FORGIONI (1998, p. 171):

“Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como ‘meios de

que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia”.

A política da defesa comercial também tem esse condão, o cunho político das decisões de defesa comercial é reconhecido pela própria OMC, uma vez que a imposição ou não de direitos *antidumping* ou compensatórios é uma faculdade e não uma obrigação. Nesse sentido, cite-se José Del Chiaro, João Marcos Silveira e Selma Ferreira Lemes:

“Sempre condicionada à isenta e objetiva constatação e comprovação da prática de *dumping*, a imposição de direitos *antidumping*, no entanto, envolve um juízo de conveniência e oportunidade, tratando-se preponderantemente de uma *decisão política*”⁶³.

Já que instrumentos de política econômica (NUSDEO, 2000, p. 193), ligados, de certa forma, à política de Estado e à política de governo⁶⁴, incoerente qualquer conflito entre esses institutos, devendo ser estabelecida uma sintonia na aplicação dessas políticas.

A defesa da ordem econômica, consistente na manutenção do funcionamento regular do mercado, conforme os ditames constitucionais do art. 170, é obrigação do Estado brasileiro, necessitando para o correto exercício dessa função a regulação da concorrência tanto no âmbito das atividades do comércio interno quanto no âmbito das atividades do comércio exterior, que, naturalmente, também tem conseqüências diretas para o mercado.

Por essa razão, defende-se a idéia de que o direito da concorrência e a defesa comercial são instrumentos de política econômica complementares na defesa da ordem econômica, sendo necessário que suas funções sejam exercidas em harmonia, objetivando a proteção da concorrência, enquanto valor-meio para o desenvolvimento e o bem-estar da coletividade.

5. Conclusão

Como se sabe, a política governamental⁶⁵ tem grande influência sobre o desenvolvi-

mento econômico e social do Estado. A esse respeito, cite-se Michael E. PORTER (1989, p. 700):

“A taxa potencial de aprimoramento de uma economia é fixada pelo ritmo em que melhora a quantidade e, especialmente, a qualidade dos fatores. Para conseguir alta produtividade, as empresas devem ter acesso à reserva de recursos humanos avançados e especializados, ao conhecimento científico, às informações econômicas, à infra-estrutura e a outros fatores de produção, que estejam sempre se aprimorando. As condições de fatores devem, também, estimular as empresas a melhorar suas vantagens competitivas com o tempo. A política governamental tem um papel em cada uma dessas áreas”.

O direito da concorrência e a defesa comercial, nesse particular, aparecem como importantes instrumentos da política econômica, complementares na manutenção do funcionamento regular do mercado e na busca do bem-estar da coletividade, devendo, por essa razão, serem interpretados e aplicados em sintonia.

Os dispositivos da Lei de Defesa da Concorrência que tratam do tema no Brasil, aqui analisados, acabam não exercendo a função de promover a política harmônica, causando confusão na interpretação e na competência desses institutos.

Sugere-se, por isso, nesta breve conclusão, um estudo mais aprofundado acerca dessa questão, buscando-se a formulação de dispositivos capazes de vincular esses dois institutos, visando à regulação harmônica das atividades de comércio interno e externo, tão importante para a coletividade.

Notas

¹ A esse respeito, cite-se Pedro Mercado PACHECO: “Por otro lado, los desarrollos en la teoría económica durante los últimos años habían puesto un énfasis especial en la consideración de la estructura

institucional en la que se enmarcaba todo problema económico. La clave para comprender teorías como la de la Elección Pública o de los *property rights* está en la reformulación estatal...” ([19- -?], p. 165).

² Michael Pettis, em ensaio publicado no jornal Valor Econômico dos dias 11/05 e 18/05/2001, adaptação de seu livro mais recente “*The volatility machine: emerging economies and the threat of financial collapse*”: “As primeiras ondas de globalização, todas elas muito semelhantes à atual, correspondem mais ou menos aos vários estágios da revolução industrial – e nisso não há nenhuma coincidência. Tal como a nossa versão dos anos 90, cada um daqueles estágios anteriores caracterizou-se por uma expansão formidável do comércio e dos investimentos internacionais, um progresso admirável nos meios de transporte e nas comunicações, além da difusão aparentemente irrestrita de aplicações comerciais derivadas das inovações tecnológicas”.

³ Em 1994, dá-se a implantação da Tarifa Externa Comum – TEC, que insere o Brasil no novo cenário do comércio internacional, mais especialmente no Mercosul.

⁴ Inicialmente, a abertura comercial brasileira objetivava, primordialmente, a redução da espiral inflacionária e o desenvolvimento do parque industrial por meio da exposição à concorrência.

⁵ A partir dos anos 70, com o aumento da participação dos países em desenvolvimento no mercado mundial, os países ricos passaram a utilizar intensamente restrições não tarifárias para proteger suas indústrias, tais como, quotas de importação, normas técnicas, de qualidade, meio ambiente, condições de trabalho e leis comerciais de coibição à entrada de produtos estrangeiros.

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 173.

⁷ A respeito da Ordem Econômica na atual Constituição, cite-se o Prof. Eros Roberto Grau, em análise dos entendimentos dos Professores Washington Peluso Albino de Souza, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e José Afonso da Silva: “*a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal* (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores da economia de mercado (José Afonso da Silva)” [grifo nosso] (1990, p. 212).

⁸ Refere-se a “mercado” no presente sentido, como os mercados geográficos nacionais, ou seja, como a comercialização na área geográfica que compreende as fronteiras de um país.

⁹ O Prof. Calixto SALOMÃO FILHO trata da classificação do direito antitruste e da regulação como instrumentos de política econômica ou ga-

rantias institucionais. Conclui o Prof.: “Não é possível resolver definitivamente, ao menos do ponto de vista dogmático, a questão da classificação do antitruste e da regulação como instrumentos de política econômica ou garantias institucionais”. No que tange ao sistema brasileiro, especificamente: “O raciocínio institucional não exclui, portanto, da lógica regulatória os objetivos de política econômica. Apenas impede a submissão da regulação a esses últimos” (2001, cap. v).

¹⁰ Tal como no livro do Prof. Calixto Salomão Filho utilizamos o vocábulo “regulação” no presente trabalho de uma forma bastante ampla (2001, p. 15).

¹¹ De fato, o conceito de Ordem Econômica é de difícil determinação, encontrando várias conotações, sendo essa expressão até mesmo criticada por professores renomados, a exemplo do Prof. Eros Roberto Grau. Vital Moreira, em seu livro *A ordem jurídica do capitalismo*, revela três sentidos da expressão “ordem econômica”, citados pelo Prof. Eros Roberto GRAU (1988, p. 69), quais sejam: o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; conjunto de todas as normas (ou regras de conduta) qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; ordem jurídica da economia. Parece importante também citar o conceito simplificado dado por Washington Peluso Albino SOUZA: “um conjunto de princípios que, funcionando harmoniosamente, oferecem-nos tanto a concepção de ‘sistema econômico’ quanto a de ‘regime econômico’” (1999, p. 189).

¹² É pela intervenção indireta do Estado na atividade econômica normatizando-a e regulando-a, por força do art. 174 da Constituição de 1988, que se busca assegurar o direito constitucional à livre iniciativa, por meio da garantia à livre concorrência, enquanto condição para que o abuso da liberdade de comércio e da indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados e a exploração dos meios de produção, de acordo com as aptidões e as disponibilidades dos agentes econômicos”.

¹³ A promoção da livre concorrência, objetivo primordial da Lei 8.884/94, apresenta-se como manifestação da livre iniciativa, que, por sua vez, constitui-se como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CF/88) e da ordem econômica nacional (art. 170, *caput*, da CF/88).

¹⁴ A análise econômica do direito da concorrência, verificada pela jurisprudência, determina que somente a presença de ganhos de eficiência pode justificar autorização, de ato ou conduta, por parte dos órgãos de defesa da concorrência, devendo a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência ser passo conclusivo a ser realizado. O critério

de avaliação pela “Rule of reason” (Regra da razão), consagrado no direito concorrencial brasileiro, consiste exatamente nisso.

¹⁵ A influência da legislação americana sobre a Lei 4.137/62 é clara.

¹⁶ A edição da Lei 8.158/91 criou dualidade indesejável de legislações concorrenciais, já que, tendo revogado apenas parte da Lei 4.137/62, ambas as leis continham definição de ilícitos concorrenciais, o que veio a ser solucionado pela promulgação da Lei 8.884/94.

¹⁷ Tais papéis estão normatizados na legislação concorrencial brasileira, tanto na Lei 8.884/94 quanto nas resoluções do Conselho.

¹⁸ Foi somente na Constituição de 1988 que a livre concorrência alcançou a configuração de princípio “Da Ordem Econômica e Financeira”.

¹⁹ Tal como diz o Prof. Calixto Salomão Filho, ver nota 9, a lógica regulatória não deve-se submeter apenas aos interesses da política econômica, devem ser asseguradas as garantias institucionais.

²⁰ VAZ (1993, p. 9). No mesmo sentido, assevera Luís Cabral Moncada que: “a concorrência é encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer em nível do consumidor quer em nível dos produtores, esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é objeto de política econômica” ([19- ?], p. 313).

²¹ Tais dispositivos eram extremamente protecionistas, atingindo indiscriminadamente as importações, independentemente da comprovação de dano ao mercado interno.

²² No período do Brasil República anterior a 1945, não existiam normas de regulação do comércio internacional, sendo o crescimento industrial brasileiro baseado nas exportações.

²³ De fato, esse termo tem várias conotações, mas essa é a conotação mais difundida na América Latina.

²⁴ GUEDES; PINHEIRO (1996). Asseveram as autoras que, segundo Rogério Werneck, ocorreram duas fases de substituição de importações no país. A primeira, pós Segunda Guerra, denomina-se fase clássica, baseando-se a restrição externa na balança comercial, predominando as restrições quantitativas. Na segunda fase, que se inicia na década de 70, a restrição externa se fundamenta no endividamento do país.

²⁵ Foi essa lei que primeiro considerou a questão do *dumping*, sendo ela posteriormente modificada em parte pelo Decreto-Lei 730/69.

²⁶ A pauta de valor mínimo constituía-se em uma relação de produtos estrangeiros com pré-fixação da base de cálculo para o Imposto de Importação (art. 9º Lei 3.244/57). O Decreto-Lei 730-69 veio especificar quando seria permitido à CPA estabelecer a pauta de valor mínimo.

²⁷ O preço de referência constituía-se em medida corretiva quando acentuada a disparidade de preços de importação, incidindo como base de cálculo do Imposto de Importação.

²⁸ A criação da OMC, sucessora do GATT, institucionaliza internacionalmente as relações comerciais e facilita a implementação das regras acordadas entre países-membros.

²⁹ O DECOM divide-se em 3 gerências e 1 consultoria: GEAPE – Gerência de Produtos Agropecuários; GERIN – Gerência de Produtos Intermediários; GEMAC – Gerência de Metais e Bens Acabados; e COTEC – Consultoria Técnica e Normativa.

³⁰ A SECEX divide-se em 4 departamentos: DECEX – Departamento de Operações de Comércio Exterior; DEINT – Departamento de Negociações Internacionais; DECOM – Departamento de Defesa Comercial; e DEPOC – Departamento de Política de Comércio Exterior.

³¹ Os conceitos aqui citados são fundamentados no Manual de Defesa Comercial, da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, do Ministério da Indústria, Desenvolvimento e Comércio Exterior – MDIC (BRASIL, [19- -?]).

³² Importante diferenciação conceitual destacou o Professor Welber BARRAL, ([19- -?], p. 129-144). O *dumping* caracteriza-se pela discriminação de preços entre mercados nacionais distintos, enquanto o *underselling* pode ser identificado a partir da venda de produtos abaixo de seu preço de custo. Por fim, o preço predatório é a venda de produtos a preços impraticáveis no mercado interno.

³³ O valor normal é, em princípio, o preço sem impostos, *ex fabrica*, e à vista, pelo qual a mercadoria exportada é vendida no mercado interno do país exportador, em volume significativo e em operações comerciais normais, isto é, vendas a compradores independentes e nas quais é auferido lucro. A margem de *dumping*, assim, vai ser a diferença entre o valor normal e o preço de exportação.

³⁴ A relação entre *dumping* e concorrência é bem retratada: “Daí concluir-se que a melhor maneira de se evitar o *dumping* é privilegiar todas as formas de competição” (1996).

³⁵ Apenas no caso das salvaguardas sua atuação será preventiva, já que o dano potencial pode ser objeto de salvaguardas, como será melhor explicado.

³⁶ O art. 24 da Lei 8.884/94 traz penas alternativas a serem aplicadas em conjunto com as multas, condicionando-as à necessidade no caso concreto. Interessante destacar que a quebra de patentes de titularidade do infrator é uma das possibilidades aventadas pela lei. Em resposta à Consulta 031/99, realizada pelo Ministério da Saúde, cujo Relator foi o Conselheiro Mércio Felsky, o CADE considerou ser possível a utilização desse disposi-

tivo para o caso de medicamentos, é claro, com a atenção dos requisitos legais.

³⁷ Esse é o raciocínio da análise econômica do direito.

³⁸ Em posição contrária: Tavoralo ([1997?], p. 249). No mesmo sentido, MÉLEGA (1991, p. 353).

³⁹ Processo Administrativo 0800.013002/95-97, Representante Labnew Indústria e Comércio Ltda. e Representadas Merck S.A. Químicas e MB Bioquímica Ltda.

⁴⁰ Os prejudicados poderão, por si próprios, ingressar em juízo para garantir seu direito subjetivo material que foi lesado, em conformidade com o art. 29 da Lei 8.884/94.

⁴¹ Seguindo esse entendimento, a Lei 8.884/94 permite a representação a qualquer interessado, em seu artigo 30, que deixa claro: “a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado”.

⁴² Segundo a autora, vários aspectos dessa afirmação simples remanesçam não resolvidos. A autora pergunta: O que é um competidor eficiente? O que é eficiência? Que período temporal de referência deve ser tomado para análise? Deve a predação dizer respeito somente com eficiência? Existe alguma circunstância em que um ofertante menos eficiente deveria ser protegido? Devem tentativas de predação ser punidas? A história do Sherman Act identifica “eficiência econômica” com “produção em escala a baixo custo unitário”, o que teria que ver com a própria competitividade interna e externa das empresas e com o próprio bem-estar do consumidor.

⁴³ No mesmo sentido: RODRIGUES (1996, p. 29).

⁴⁴ O Relatório Anual do CADE 1998/99, em sua página 172, traz a seguinte afirmação, que corrobora com o entendimento expressado: “No entanto, diferentemente do antitruste, o foco de análise na determinação do dano na prática de *dumping* não é o consumidor mas as empresas nacionais”.

⁴⁵ Circular SECEX, n. 20, de 02.04.96, traz os requisitos da petição a ser apresentada pelos petionários.

⁴⁶ Ver BELTRAME; LACERDA (2001, p. 123). Os autores José Del Chiaro, Tércio Sampaio e Mauro Grinberg também fazem essa ressalva.

⁴⁷ Regulamentação Antidumping, Decreto 1.602/95, art 64, e Regulamentação de Medidas Compensatórias, Decreto 1.751/95, art. 73.

⁴⁸ “A Carta de Havana de 1984 é considerada o primeiro documento internacional a tratar do tema...” (SANTOS, 2001, p. 43).

⁴⁹ Ver nota 50. A autora Maria Cecília Andrade destaca que a OCDE adotou a “Recomendação do

Conselho referente à cooperação entre Estados-membros sobre as práticas restritivas ao comércio que afetem o comércio internacional”, em 1967, em 1973, a “Recommendation Concerning and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade”, finalmente, em 1976, as “Diretrizes comportamentais para empresas internacionais”.

⁵⁰ Em vários instrumentos legais da OMC podem ser encontrados dispositivos relacionados com os princípios da política da concorrência.

⁵¹ Existem grupos de estudo no âmbito da OCDE, da UNCTAD, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, do Banco Mundial e da OMC.

⁵² A cooperação entre as agências de defesa da concorrência visando o combate aos cartéis de exportação, pela introdução do princípio do “*positive comity*”, é um dos pontos fundamentais da agenda na defesa da concorrência internacional. Esse princípio transfere a iniciativa para os Estados cujos interesses são afetados, aos quais é dada a opção legal de requisitar a outro Estado que inicie os procedimentos de execução apropriados (RELATÓRIO..., 1998/1999, p. 175).

⁵³ SALOMÃO FILHO (1998, p. 40). No mesmo sentido, FORGIONI (1998, p. 397).

⁵⁴ Referidos regulamentos da OMC tratam da legislação *antidumping* e de medidas compensatórias.

⁵⁵ P. A. 08000.013002/95-97, Representante Labnew e Comércio Ltda. e Representadas Merck S.A. Indústrias Químicas e MB Bioquímica Ltda., Voto do Conselheiro-Relator Mércio Felsky, p.2.

⁵⁶ Vide decisão no R.E. 71.154. No mesmo sentido: REZEK (1995, p. 106).

⁵⁷ Lei posterior derroga lei anterior.

⁵⁸ OLIVEIRA (2001, p. 51). O RELATÓRIO anual do CADE 1998/99 trata do tema na sua página 170.

⁵⁹ Por influência do *Anti-dumping Act of 1916*, dos Estados Unidos, que prevê, na apuração de *dumping*, penalizações de indenização, multa ou prisão, a Comissão, responsável por elaborar anteprojeto da lei concorrencial brasileira de 1988, inseriu dispositivo no anteprojeto, que vinha a ser o art. 23, alínea *q*. A Lei 8.158/91, que incorporou vários dos dispositivos antes previstos no referido anteprojeto de 1988, reproduziu, em seu art. 3º, inciso XIV, o antigo art. 23, alínea *q*, do anteprojeto, mantendo essa vedação.

⁶⁰ Segundo Carlos Francisco Magalhães, antes da existência do dispositivo da legislação de 1991, já existiam precedentes na jurisprudência do CADE sobre problemas de importação com *dumping* e comercialização por preço predatório, o que impulsionou a criação de norma, com intuito punitivo específico para esses casos.

⁶¹ As conseqüências da má redação acabam por ser evitadas por força da regra da razão, consubstanciada na sistemática da lei em considerar infração as condutas que acarretam os efeitos previstos no art. 20.

⁶² Ver nota 20. Isabel Vaz explica bem a questão da concorrência como valor-meio.

⁶³ Ver nota 44, p. 67.

⁶⁴ Tércio Sampaio Ferraz explica a relação da Política de Estado, da Política de Governo e do direito antitruste no Brasil ([19- -?], p. 124).

⁶⁵ Aqui não se trata da política de governo ou da política de Estado, mas da junção de ambas.

Bibliografia

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Maria Cecília Andrade. A política da concorrência e a organização mundial do comércio. *Revista do IBRAC*, n. 29, 1996.

BARRAL, Welber. Dumping, underselling: preço predatório. *Revista de Direito Econômico*, n. 29, [19- -?].

BELTRAME, Priscila Akemi; LACERDA, Eduardo Modena. Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano. *Revista do IBRAC*, n. 8, v. 4, p. 123-133, 2001.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Indústria, Desenvolvimento e Comércio Exterior. *Manual de defesa comercial* Brasília: MDIC, SECEX, [19- -?].

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHIARO, José Del; SILVEIRA, João Marcos; LEMES, Selma M. Ferreira. Fundamentos e objetivos da legislação antidumping. *Revista de direito econômico*, n. 25, p. 61-70, jan./jul. 1997.

FARIA, José Eduardo (Org.). Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: _____. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARINA, Elizabeth. Globalização e concentração econômica. *Revista do IBRAC*, v. 3, n. 6, 1996.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Aplicação da legislação antitruste: política de Estado e política de governo. *Revista do IBRAC*, v. 3, n. 6, 1996.

- FERRAZ, Tércio Sampaio; CHIARO, José Del; GRINBERG, Mauro. Direitos anti-“dumping” e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 96, 1994.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GRINBERG, Mauro. O direito da concorrência empresarial e a defesa comercial. *Revista do IBRAC*, v. 3, n. 9, p. 29-30, set. 1996.
- GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Sílvia M. *Anti-dumping: subsídios e medidas compensatórias*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1996.
- JOHANNPETER, Guilherme. *Antidumping: prática desleal no comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 130 p.
- MAGALHÃES, Carlos Francisco. Simpósio Dumping e concorrência externa. *Revista do IBRAC*, v. 1, n. 3, p. 44-70, out. 1994.
- MARCEAU, Gabrielle. *Anti-dumping and anti-trust issues in free trade areas*. Oxford: Clarendon, 1997.
- MÉLEGA, Luiz. O dumping e os tributos regulatórios. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário e constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 350-353, out. 1991.
- MONCADA, Luís Cabral. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra.
- NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao estudo do direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA, G. Concorrência desleal e o Mercosul. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 2001.
- _____. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Programa de trabalho para o CADE. *Revista do IBRAC*, v. 3, n. 6, [19- -?].
- PACHECO, Pedro Mercado. *De la teoría de la externalidad a la teoría económica de las instituciones jurídicas*. [S. l.]: [s. n.], [19- -?].
- PETTIS, Michael. The volatility machine: emerging economies and the threat of financial collapse. *Valor Econômico*, São Paulo, 11 maio 2001.
- PITOFESKY, Robert. *The political content of antitrust* [S. l.]: University of Pennsylvania Review, 1979.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.
- PORTER, Michel E. *A vantagem competitiva das nações*. 8. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RODRIGUES, José Roberto Pernomian. Os efeitos do dumping sobre a competição. *Revista de Direito Econômico*, [S. l.], n. 22, p. 29-43, jan./mar. 1996.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TAVORALO, Agostinho Toffoli. A natureza jurídica dos direitos antidumping. *Revista dos Tribunais*, [S. l.], ano 5, n. 18, [1997?].
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal

Mariá Brochado

Sumário

1. Introdução. 2. Questão prolegômena: o processo na órbita constitucional. 3. O devido processo legal. 3.1. Notícia histórica do instituto. 3.2. As fases do devido processo legal: adjectiva e substantiva. 3.3. O devido processo legal atualmente. Algumas considerações críticas sobre o tema. 4. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e sua aplicação em matéria de direitos fundamentais. 4.1. Conceito e sentidos do princípio da proporcionalidade. 4.2. A proporcionalidade e os direitos fundamentais. 5. A proporcionalidade e o devido processo legal. 6. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal no sistema jurídico brasileiro. 7. Ainda algumas considerações sobre o tema. 8. Tripla conclusão: Sistêmica, Técnica e Ontológica.

1. Introdução

O pensamento jurídico contemporâneo tem-se defrontado com um dos problemas mais importantes no que diz respeito à aplicação do direito: a efetivação judicial dos direitos fundamentais. O problema da declaração desses direitos, parece, tem sido solucionado desde a Revolução de 1789, mas hoje a grande questão é o momento da aplicação, em que podem surgir conflitos entre tais direitos ou princípios que resguardam o Estado Democrático de Direito, o que tem exigido da jurisprudência constitucional, com base no desenvolvimento da Doutrina, um acentuado esforço hermenêutico.

Pretende-se com este artigo desenvolver um estudo sobre o tema candente do princí-

Mariá Brochado é Especialista e Mestra em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, Professora de Instituições de Direito da Universidade Estácio de Sá, em Belo Horizonte, Professora de Filosofia do Direito e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito do Médio Piracicaba, Professora de Teoria Geral do Direito do Curso de Pós-graduação em Direito do Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora de Filosofia do Direito do Curso de Pós-graduação em Direito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, Assessora Jurídica do Gabinete da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte.

pio da proporcionalidade, quer sob a ótica teórico-jurídica, quer sob o prisma do seu desenvolvimento prático, envolvendo, portanto, as posições que tratam do denominado “devido processo legal”.

O trabalho desenvolve-se a partir de duas vertentes: a que considera o tema sob o prisma do *due process of law* e a que o considera como “princípio da proporcionalidade” e tem como objetivo expor as posições doutrinárias mais importantes sobre o assunto, demonstrando a necessidade de elevar o tema a uma consideração jusfilosófica. Justifica-se, portanto, pela relevância científica do tema e pela inegável atualidade.

2. *Questão prolegômena: o processo na órbita constitucional*

Gustav Radbruch aborda a questão processualística numa perspectiva jusfilosófica e, dentro da sua doutrina de bases neokantianas, relaciona o processo aos três lados que, segundo ele, compõem o conceito (ou idéia) de direito. São eles: “a idéia de justiça, a de fim do direito e a da sua segurança ou certeza” (1961, p. 118).

A idéia de fim no direito o coloca em situação de dependência direta com o Estado, ou seja, com os fins preconizados por ele. Já a justiça e a segurança colocam-no em posição de supremacia com relação ao próprio Estado, transbordando “em larga escala para fora dos próprios limites do Estado” (p. 118).

A justiça exige a generalidade e a igualdade da norma jurídica para todos os seus destinatários e a segurança exige a obrigatoriedade do direito positivo, sem se importarem respectivamente com o fato de estar a generalidade da norma jurídica de acordo com os fins estatais, ou a sua obrigatoriedade de ser ou não conveniente para o Estado. Assim, “mesmo que o ‘conteúdo’ do direito possa ser predominantemente determinado pelos fins do Estado, o que, não obstante, permanece indiscutível é achar-se a *forma* do ‘jurídico’, por definição, colocada fora e mais acima de toda influência desses fins” (p. 118).

O princípio da *independência do juiz* não é senão corolário da cautelosa separação feita entre direito e atividade política. O direito nasce de fins, mas se torna independente deles, impondo-se posteriormente por uma “autovalidade”, que se expressa na sua obrigatoriedade (ou força vinculante) (p. 119). Qual seria o papel do processo diante dessas três idéias?

Com relação à finalidade do direito, temos que o direito processual tem como objetivo auxiliar a realização do direito material; contudo, vale por si mesmo, “é obrigatório, não só no caso de não auxiliar coisa alguma, como até mesmo no de prejudicar essa realização” (p. 120). E Radbruch acrescenta que o direito não conhece imperativos hipotéticos, inclusive o próprio direito processual, cuja validade independe do seu valor como meio para atingir um fim. Até o direito processual, com toda a sua definição finalística, só conhece imperativos categóricos, que valem por si mesmos, em face da obrigatoriedade própria do direito positivo (p. 120).

A independência entre direito material e direito formal distingue dois tipos de relação jurídica: a relação jurídica processual e a relação jurídica material. Tal distinção traz algumas conseqüências práticas que vão-se concretizar sob a forma da segurança no direito. Radbruch se refere à questão da prova em direito. Segundo ele, um advogado pode, por exemplo, pedir a absolvição do réu, alegando a falta de provas sobre a prática de um determinado delito, mesmo sabendo pessoalmente da sua culpabilidade. Quando o faz, “não deixa de advogar o direito, conquanto esse direito seja um direito puramente formal e não material” (p. 121). Essa obrigatoriedade do direito processual, ainda que em oposição ao material, justifica-se pelo valor da segurança jurídica. Assim, a sentença transitada em julgado adquire força independentemente de se encontrar em harmonia com o direito material.

Podem aparecer situações em que haja tal injustiça e tal inadequação do direito ao seu fim, que o valor da segurança jurídica

não consegue compensar. É o problema da nulidade absoluta de certos casos julgados, em virtude de vícios que colocam em risco a própria idéia de direito: “a razão que se eleva contra a força obrigatória da sentença...é ainda uma razão nascida dessa mesma idéia de segurança, ou seja, a mesma que reclama a própria efetivação do direito material e formal” (p. 128).

Conceituando o processo *em si mesmo*, como desenvolvimento autônomo, o que justamente garante a sua obrigatoriedade ou “autovalidade”, como entende Radbruch, podemos entendê-lo como o “conjunto de atos, fatos ou operações que se agrupam de acordo com certa ordem, para atingir um fim, cujo objetivo fundamental é a decisão de um conflito de interesses jurídicos. Estes atos e formas, que movimentam a vida jurídica, fornecem-nos a primeira idéia de processo” (BARACHO, 1984, p. 117).

Sobre a discussão quanto à *relação jurídica de direito processual*, o jurista italiano Elio Fazzalari não a admite inserida no conceito de processo, como anota Cintra, Grinover e Dinamarco. Define processo como o procedimento realizado em contraditório, e, no lugar de uma composição *restrita* sob a forma de relação jurídica, deve-se possibilitar uma abertura à participação no processo, participação essa garantida constitucionalmente. Esclarecem ainda que, “na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório” (1998, p. 283).

A idéia de processo se engrandece quando pressuposta como própria garantia da pessoa humana, ou seja, quando assim é considerada pelas Constituições dos Estados democráticos. O processo aparece vinculado à moderna concepção de Estado Social de Direito¹, no sentido de que “o Estado Social de Direito, como Estado de Justiça, visto sob o ângulo do ordenamento constitucional e suas relações com as categorias processuais, deve tornar possível a justiça a

todos os governados, com apoio nos direitos humanos mais importantes: o direito à justiça e à jurisdição” (BARACHO, 1984, p. 128)². O Estado Social de Direito pode ser entendido como Estado de Justiça no sentido de que nele a mera legalidade formal pode ser substituída ou acompanhada de considerações sobre o conteúdo, apoiadas não em valores do indivíduo isolado, mas nos da pessoa associada, os quais podem constituir-se em uma ordem baseada na solidariedade (ZAMUDIO, 1980, p. 76).

Dado que o processo é a própria forma que possibilita a garantia da pessoa humana; dada a relevância da tutela dessa garantia por todos os ordenamentos jurídicos atuais, enquanto expressão da garantia a direitos humanos, torna-se imprescindível sua positivação sob a forma de garantias constitucionais, em última análise, sob a forma de direitos constitucionais fundamentais³.

Partindo dessa conclusão, podemos compreender melhor a extensão da necessidade de uma reflexão vinculada entre processo e Constituição no mundo contemporâneo. Nesse sentido aparece o processo constitucional, que, como explica José Alfredo de Oliveira Baracho, “abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional” (BARACHO, 1984, p. 125-126).

Como a proposta deste estudo é desenvolver os temas “princípio da proporcionalidade” e “devido processo legal”, limitar-se-á ao aspecto tutelar constitucional do processo, enquanto engloba o direito de ação e de defesa e outros postulados que desses decorrem (p. 126). Não trataremos especificamente da organização judiciária enquanto tutelada constitucionalmente, e nem da jurisdição constitucional enquanto controle judiciário da constitucionalidade das leis, atos administrativos e liberdades. Nosso objetivo é principiológico e não estrutural ou procedimental. Nesse sentido é que trataremos do princípio da proporcionalidade

e de sua expressão no devido processo legal, com seus postulados fundamentais.

Ressaltemos, ainda, que o Direito Processual Constitucional não se apresenta como ramo autônomo do Direito Processual, mas sim, o que também é enfatizado por Oliveira Baracho, como “uma colocação científica de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” (p. 125).

3. O devido processo legal

3.1. Notícia histórica do instituto

O instituto do devido processo legal tem sua origem na Magna Carta do Rei João “Sem Terra”, já no limiar do século XIII, inicialmente concebido como simples limitação às ações reais. Foi positivado expressamente no art. 39 daquele documento, a princípio sob a locução *law of the land*, “que assegurava aos homens livres, notadamente aos barões vitoriosos e aos proprietários da terra (*state holder*), a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da ‘lei da terra’” (CASTRO, 1989, p. 9-10). Aqueles direitos só poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais.

Posteriormente a expressão *law of the land* foi substituída pelo *due process of law*, ingressando desde o primeiro instante nas colônias inglesas da América do Norte, sendo posteriormente consagrado em definitivo pela Constituição Americana, como garantia fundamental, com as 5ª e 14ª Emendas àquele Diploma Legal (p. 11).

3.2. As fases do devido processo legal: adjetiva e substantiva

O *due process of law* sofreu imensa evolução imerso dentro do sistema norte-americano, transformando-se num autêntico parâmetro de justiça, inspirando todo o orde-

namento jurídico da América do Norte. Essa transformação de simples garantia processual em princípio de “justiça” entre o Estado e indivíduo e Estado e Sociedade foi, segundo Siqueira Campos, muito bem percebida pela jurística brasileira no pensamento de José Alfredo Baracho, a quem cita muito apropriadamente:

“As expressões *law of the land* e *due process of law* examinadas conjuntamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, deram origem à construção jurisprudencial, com o objetivo de proteção aos direitos do indivíduo, em especial em matéria de garantias processuais⁴. Com o tempo, a cláusula do *due process of law* passou a ter maior relevo, alargando-se no âmbito da doutrina. De uma garantia, em face do juízo, passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade. Esta ampliação de sentido propiciou a limitação constitucional dos poderes do Estado’...” (apud CASTRO, 1989, p. 58).

E acrescenta que, pelo fato de a cláusula do *due process of law* ter sempre estado associada ao sistema de liberdades fundamentais, acabou assumindo nítida postura “substantiva” e limitadora do mérito das ações estatais, “tornando-se o paladino dos ideais privatistas na luta contra o avanço avassalador do Estado que teve lugar a partir do 1º pós-guerra” (CASTRO, 1989, p. 58-59).

Como podemos observar, o devido processo legal passou fundamentalmente por duas fases:

a) *uma fase chamada adjetiva (procedural due process)*: com seu conteúdo clássico de garantia do réu, destinando-se apenas ao processo penal, continha a exigência de um procedimento regular, a garantia do contraditório, da ampla defesa, da representação por advogado, o direito ao julgamento por júri legalmente constituído, entre outros. Posteriormente, a garantia processual estendeu-se ao processo civil e ao processo administrativo.

Nessa sua primeira fase (adjetiva), a expressão devido processo pode ser definida como “o processo que é justo e apropriado. Os procedimentos judiciais podem variar de acordo com as circunstâncias, porém os procedimentos devidos seguem as formas estabelecidas no direito, através da adaptação das formas antigas aos problemas novos, com a preservação dos princípios da liberdade e da justiça” (BARACHO, 1980, p. 89).

Já em 1869, a Corte Suprema Americana havia expressado uma tendência a considerar o *due process of law* como princípio restritivo ao poder legislativo não somente em relação a direitos processuais, mas também a direitos substantivos reconhecidos pelo *common law* (STUMM, 1995, p. 154). Raquel Stumm, citando Juan Francisco Linares, exemplifica essa tendência com um caso julgado pela Corte Americana sobre o direito de propriedade, em 1866, indicando já uma visível evolução no primitivo conteúdo do princípio do *due process of law*:

“A Corte manifestou-se contrária a qualquer tipo de limitação: ‘O poder de regular não é o poder de destruir, e ‘limitação’ não é equivalente de ‘destruição’. Sob a pretensão de regular tarifas e fretes, o Estado não pode exigir a um trem de ferro transportar pessoas e coisas sem remuneração, nem pode esse poder fazer com que esse direito torne-se propriedade privada para um uso público, sem justa compensação ou sem o devido processo legal’.

Nota-se já um acréscimo de conteúdo ao princípio do devido processo legal, que de recurso técnico processual começa a adaptar-se a um ‘recurso técnico axiológico que limita também o legislador’” (1995, p. 153), indicando sua evolução para além das garantias estritamente processuais.

b) *uma fase substantiva*: marcada por uma atribuição quase legislativa aos Tribunais; o *due process* passa a ser invocado para avaliar a constitucionalidade de leis estaduais

e leis do Congresso, a partir da aplicação da chamada “regra da razão” (*rule of reason*), significando que uma lei, para ser considerada razoável, deveria parecer “sensata, digna de aplauso e compreensível aos intérpretes”. A questão problemática é que esse critério de razoabilidade era aferido a partir dos critérios econômicos e sociais da Corte Suprema, e, se, segundo tais critérios, a lei parecesse razoável, era considerada como em acordo com o processo legal regular (STUMM, 1995, p. 155). O Princípio da Razoabilidade teve, assim, sua matriz na cláusula do devido processo legal americano, mais especificamente nesse seu segundo momento chamado “substantivo”.

Acrescentamos que a doutrina menciona três fases na evolução do conteúdo do devido processo legal, sendo a terceira fase também substantiva, mas marcada pelo intervencionismo judicial em questões não-econômicas, que incluíam liberdade de expressão, religião, direitos de participação política e de privacidade. O primeiro momento da segunda fase se caracteriza pela intervenção da Suprema Corte em questões de conteúdo econômico, “como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica” (BARROSO, 1998, p. 201). Não adotamos essa divisão, nem a desenvolvemos mais rigorosamente, porque o objetivo dessa exposição é apenas acentuar o momento de transição da fase meramente processualística do devido processo para a sua fase substantiva, quando aparece com vestes de princípio da razoabilidade.

3.3. *O devido processo legal atualmente*

Atualmente o *due process* não tem limites indefinidos como o foi no passado, logo quando se delineou seu caráter substantivo. A princípio, chegou-se até mesmo a invocar a chamada “doutrina da *judicial notice*”, que implicava a presunção de inconstitucionalidade de toda a legislação social. “Hoje não compete mais à Suprema Corte decidir sobre a necessidade ou plausibilidade da legislação social, pois a presunção

de inconstitucionalidade ou doutrina da *judicial notice*, ‘segundo a qual cumpria aos Estados provar-lhe a necessidade’, não mais tem aplicação” (STUMM, 1995, p. 158).

O devido processo legal atualmente tem um conteúdo necessariamente aberto, possibilitando aos juízes o controle da “razoabilidade e racionalidade das classificações legislativas” (p. 159).

No sistema americano, há uma nítida diferença entre lei e Direito. O conceito de direito se aproxima do conceito de justo, de princípios gerais de Direito, de legítimo, não-arbitrário. “O controle judicial sobre a constitucionalidade das leis erigiu-se sobre a legitimidade das mesmas diante do Direito”. Subjacente ao conceito de Constituição está a idéia de “revelação de uma *justiça fundamental*”, do que decorre que toda lei que for considerada injusta será considerada inconstitucional (p. 159). Na cláusula do *due process*, está a sujeição das regulações concretas do Direito positivo aos princípios superiores do *direito* (p. 160), não um direito fixado em regras imutáveis, “mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa” (DANTAS apud BARROSO, 1998, p. 206).

A questão é saber o que legitima a compreensão da Corte sobre o que é “o mais razoável” a partir de seus próprios critérios, a ponto de elevá-los acima dos critérios adotados pelo Poder Legislativo, considerando-os menos razoáveis quando da elaboração da lei. O que se verifica na verdade é um predomínio marcante do poder judiciário sobre os outros poderes, fazendo com que a Suprema Corte acabe construindo a Constituição. As decisões jurisprudenciais têm muito mais força vinculante do que as próprias leis formais, inclusive no sentido de revogá-las.

Algumas considerações críticas sobre o tema

Sobre o problema dos limites do poder judiciário sobre os atos do poder legislativo, podemos contar com a riqueza dos ensi-

namentos do consagrado jurista-hermeneuta Emilio Betti, que, ao tratar da “discricionariedade absoluta (ou legislativa)”, explica que se trata de uma discricionariedade soberana, que só em caráter excepcional pode ser delegada ao órgão judicial, quando se lhe faculta julgar por equidade.

Segundo Betti, na discricionariedade soberana do poder legislativo, a interpretação volta-se especificamente para o ordenamento estatal das competências estatais, no sentido de determinar preventivamente os limites da competência normativa e eventualmente das diretrizes a ela assinalada pela Constituição. “Por otra parte, ese poder deve *legiferar racionalmente* [grifo nosso], de conformidad con las exigencias político-administrativas emergentes de la vida social y advertidas por la opinión pública, en coherencia con el orden constituido según la lógica de la función normativa y en obsequio a sumos postulados de justicia, todo lo cual constituye una exigencia si no metajurídica, sí más allá del orden jurídico concreto, exigencia cuya observancia ni se lleva a cabo ni se controla con operaciones ‘interpretativas’” (BETTI, 1975, p. 143-144). E mais adiante acrescenta: “La facultad político-legislativa de ‘crear leyes justas en el marco de la constitución’ *no descansa propiamente en límites y controles jurídicos* [grifo nosso], sino sólo en la crítica política en cuanto no se atenga a las exigencias de una, por otra parte elástica, interpretación adivinatoria de las tendencias de la opinión pública” (p. 146).

Betti não cogitou, em sua obra, de uma possível aferição de razoabilidade de atos legislativos por parte do poder judiciário, apesar de ressaltar o dever do poder legiferante de atuar *racionalmente*, de acordo com as necessidades sociais de sua época. Não há, nesse sentido, um controle judicial sobre tal racionalidade. Ao contrário, entendia o jurista não haver mesmo qualquer controle jurídico sobre os atos criadores de leis. A interpretação feita pelo legislativo diz respeito ao conhecimento das tendências da opinião pública, das necessidades político-

sociais de um determinado momento histórico (o que ele chama “interpretación advinatória”).

O que Betti não suscita é a possibilidade de uma interpretação dessa interpretação, ou seja, da interpretação do poder judiciário (recorrendo ao princípio do *due process of law* substantivo) sobre o que o poder legislativo entendeu como a medida mais razoável (ou racional) a ser tomada diante de uma necessidade pública qualquer, o que o levou, a partir dessa “advinhação”, ou da sua interpretação própria, a promulgar uma lei de tal conteúdo. Segundo o devido processo, até essa razoabilidade pode ser conferida, atestada ou não pelo poder judiciário, respaldando-se num princípio supremo, guardião da constituição. A questão é que esse princípio guarda conteúdo indeterminado, indefinido, conteúdo esse que só os casos que forem aparecendo podem desvelar.

Em outras palavras, o *due process* significa que a interpretação política (ou “advinatória”), característica do poder legislativo, acaba sendo realizada pelo poder judiciário, quando passa a questionar a razoabilidade de uma lei, trabalho já desenvolvido pelo poder legiferante. É, na verdade, a revogação de uma lei pelo judiciário quando considerada não-razoável segundo parâmetros do próprio judiciário, “parâmetros fundamentais de direito”, ou a uma “justiça fundamental”, que não se confundem, como já vimos, com o direito posto sob a forma de normas.

Nesse sentido, Laferrière enfatiza que o controle judicial da constitucionalidade das leis se beneficia das garantias da imparcialidade do juiz, do procedimento judicial, da publicidade, do debate contraditório, da motivação obrigatória da sentença judicial etc. Por outro lado, afirma que tal controle deve-se limitar ao orbe jurídico, sob pena de se deformar a instituição. Assim pondera: “... attribuer le contrôle de la constitutionnalité des lois à un juge, c’est mettre en relief cette idée, essentielle si on veut éviter que

l’institution ne dévie et ne se déforme, que ce contrôle est d’ordre strictement juridique, qu’il ne s’agit pas de rechercher si la loi est opportune ou non, bonne ou mauvaise, utile ou nuisible, mais uniquement de vérifier si elle est conforme ou contraire à la constitution” (1947, p. 312).

De conteúdo substantivo indeterminado, o devido processo legal, como salienta Luís Roberto Barroso, “embora se traduza na idéia de justiça, de *razoabilidade*, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual”, o que conclui referindo-se mesmo a um voto proferido na Suprema Corte Americana, que transcrevemos: “Devido Processo não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a nenhum código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada” (1998, p. 200).

Othon Sidou, ao tratar do contraditório processual, explica que o princípio do contraditório, “praticado nos sistemas jurídicos romano e subsequentes, tomou hoje dimensão maior, por imperativo das práticas democráticas, e é sintetizado na expressão *due process of law*, adotada pelo constitucionalismo norte-americano” (1997, p. 163).

E ainda contamos com a seguinte afirmação de Elio Fazzalari: “viene in ogni caso rispettate, e utilizzato, il principio del *due process of law*, le cui caratteristiche essenziali, secondo l’elaborazione fattane dalla giurisprudenza, consistono nelle garanzie che, nel nostro linguaggio chiameremo del contraddittorio” (1994, p. 14).

Consoante crítica severa do professor Salgado, o devido processo legal nada mais é do que uma tentativa norte-americana de levar para o sistema americano a jurisdição nos moldes continentais, com o contraditório judicial, a ampla defesa e o terceiro neu-

tro, conhecidos antigos da tradição jurídica da Europa Continental. Posteriormente, por falta de embasamento teórico e rigor técnico, os juristas americanos acabaram transformando-o numa espécie de “cartola mágica”, de onde se retiram muitas soluções jurídicas materiais, de índole semelhante à antiga e surrada equidade. Trata-se de uma expressão vazia, em que cabe qualquer conteúdo (1998).

4. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e sua aplicação em matéria de direitos fundamentais

4.1. Conceito e sentidos do princípio da proporcionalidade

Podemos conceituar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça” (BARROSO, 1998, p. 204).

A idéia de proporcionalidade nasceu no Direito Administrativo, mas hoje constitui um princípio de Direito Constitucional e, portanto, com foro constitucional. “Disso resulta que não apenas a Administração e o Poder judiciário vinculam-se a ele, mas também o Legislativo” (STUMM, 1995, p. 110).

Com esse sentido de garantia constitucional, vinculando a qualquer poder, como imperativo das práticas democráticas, o princípio tem sua origem no *due process of law* substantivo americano, e na Alemanha é considerado norma constitucional não escrita, derivada do próprio Estado de Direito (BARROSO, 1998, p. 213).

4.2. A proporcionalidade e os direitos fundamentais

O maior problema colocado pela Ciência Jurídica atualmente é sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em casos de restrições legislativas a direitos fundamentais individuais.

No tocante à relação entre normas que declaram direitos fundamentais e outras normas constitucionais, asseguramos de imediato que realmente há uma prevalência ou hierarquia das primeiras com relação às outras, como depreendido do entendimento de Joaquim Carlos Salgado. O jusfilósofo entende que, na interpretação de uma constituição material, “deve-se observar a preponderância das normas, segundo a ideologia (1996b, p. 32)⁵ adotada ou segundo os valores que formam o seu conteúdo”. Assim, num Estado social-democrático, sob o ponto de vista axiológico, os direitos fundamentais subordinam *a priori* todas as outras normas constitucionais, tendo maior peso nesse sentido (axiológico mesmo). “Nesse caso, dentro da própria declaração ou outorga de direitos há uma ‘hierarquia’ ou ponderação, segundo formação escalonada da própria ordem valorativa” (p. 33).

A doutrina alemã caracteriza o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade)⁶ como o meio empregado pelo legislador, que deve ser ao mesmo tempo *adequado* e *exigível* ao fim almejado. “O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”⁷.

4.2.1. Proporcionalidade como ponderação

Robert Alexy faz exaustiva análise do problema da aplicação do método ponderativo no caso de colisão entre princípios de natureza constitucional fundamental, utilizando, inclusive, demonstrações com recursos à lógica simbólica. Resumiremos em poucas linhas algumas das suas considerações sobre o tema.

O autor parte do pressuposto de que normas-regra se excluem e normas-princípio simplesmente colidem. Disso decorre que, num conflito entre regras que geram consequênci-

as contraditórias, uma delas, pelo menos, deverá ser considerada inválida, caso a contradição não possa ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção.

Sobre esse tema, Emilio Betti considera que os conflitos entre normas jurídicas no tempo são considerados como geradores de *lacunas de colisão*, “colisión entre las discrepantes valoraciones legislativas viejas y nuevas”, surgindo a necessidade de eliminá-las, segundo a exigência de um cânone hermenêutico fundamental, qual seja, o da *totalidade hermenêutica*. Assim, a aplicação das velhas regras de escolha sobre conflitos entre normas contraditórias, com a prevalência da *lex posterior* sobre a *lex anterior*, ou da *lex specialis* sobre a *lex generalis*, com a reserva de que a *lex posterior generalis non derogat legi priori special* (desde que não haja absorção total da matéria), nada mais é do que aplicações particulares daquele cânone fundamental.

Hipótese distinta, assevera Betti, é o caso de *incongruência* ou *desarmonia*, que pode assumir o caráter de uma “inconstitucionalidade material sobrevinda” quando a lei posterior confluyente seja constitucional (uma superlei). No que diz respeito a leis que tenham surgido anteriormente com procedimento formal regular, “puede hablar-se de una invalidación sucesiva de la ley sólo respecto del contenido de la disciplina jurídica, y no ya en el sentido de una inconstitucionalidad formal sobrevenida, obstando a ésta el postulado general de la persistencia de los valores jurídicos, que se hace valer también en la conservación de los preceptos jurídicos” (1975, p. 119-120).

Alexy entende que, no caso de colisões entre princípios, a solução é totalmente distinta, não se valendo das regras mencionadas por Betti. Assim esclarece: “Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni

que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, más bien lo que sucede es que, *bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa*” [grifo nosso] (1993, p. 89).

É isso que significa dizer que um princípio tem “maior peso” que outro, ou seja, não se trata de invalidez, pois que ambos princípios são igualmente válidos; a questão é que, diante de certas circunstâncias fáticas, um irá prevalecer (apenas naquele caso concreto) sobre o outro. A isso se chama “mais peso”, e não validez ou invalidez, pois, se a questão é de validade, há necessariamente a exclusão do que não é válido, o que não se verifica no caso de colisão entre princípios.

Para a solução de colisões entre princípios, aparece a figura da “ponderação de bens”, realizada constantemente pelo Tribunal Constitucional Alemão, ao que Alexy recorre para dar muitos exemplos.

Tomados em si mesmos, os princípios podem limitar a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Porém, como já esclarecemos, isso não quer dizer que se invalidam, mas que um terá prevalência sobre o outro *sob certas condições* oferecidas pelo caso concreto, o que Alexy chama “relação de precedência condicionada”.

A questão sobre a violação do princípio da proporcionalidade ocorre quando há dois princípios, como tais presumidos igualmente válidos, que regulam de maneira diversa interesses confluentes e conflitantes, e um deles deverá ser necessariamente excluído diante das circunstâncias de fato. Alexy cita um caso concreto: a possibilidade de realização de uma audiência oral contra um acusado que, devido à tensão própria de tais atos, corre o risco de sofrer um enfarto (p. 90). Tal conflito deve ser solucionado, segundo o autor, recorrendo-se a uma ponderação dos bens em questão: o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado em salvaguardar direitos funda-

mentais garantidos pela constituição (direitos individuais à vida e integridade física e moral), cuja proteção também compete ao Estado.

Se da ponderação resultar que o interesse do acusado tem, no caso concreto em questão, peso maior que a intervenção estatal no sentido de realizar a audiência oral, e, se ainda assim, a audiência for realizada, haverá discrepante violação ao *princípio da proporcionalidade*.

Como já anotado acima, o princípio da proporcionalidade se materializa na ponderação, que implica a melhor adequabilidade dos meios aos fins. E a melhor adequação é aquela que também é exigível, necessária, em última análise, a menos prejudicial ao “interesse fundamental” oposto. Repetimos: o meio é adequado quando, com o seu auxílio, pode-se promover o resultado desejado; ele é exigível quando não se poderia ter escolhido outro que, apesar de igualmente eficaz, traria como consequência o prejuízo ou limitação ao exercício de algum direito fundamental. Ora, se o objetivo de dar satisfatória aplicabilidade ao direito penal pode ser alcançado por outra via que não a audiência oral e que não coloque em risco a vida do acusado, é mais ponderado que se recorra a essa outra via, e não que se coloque em risco uma vida. Mesmo porque, segundo o conceito de que o processo é a reconstituição dos fatos ocorridos, nessa reconstituição pode ficar provado que o acusado sequer cometeu algum crime. O objetivo da audiência é comprovar a realidade dos fatos alegados, realizar a justiça formal e não prejudicar institucionalmente a vida ou integridade física de alguém. E se assim o juiz procedesse, insistindo na realização da audiência, poderia estar mesmo incorrendo em dolo eventual.

Ao pensamento de Alexy aditamos o parecer de Juan Carlos Gavara de Cara, para quem

“el principio de proporcionalidad significa que la norma más débil es desplazada en su aplicación tan solo

en la medida en que es obligatoria desde un punto de vista lógico y sistemático. Este planteamiento implica que cuanto más intensa sea la intervención en el ejercicio de un derecho fundamental a causa de la protección de los derechos de terceras personas o bienes jurídicos de rango constitucional, mayor debe ser la *jerarquía de las razones* que justifiquen dicha intervención” (1994, p. 284-285).

4.2.2. *Proporcionalidade como coordenação*

Konrad Hesse já coloca a questão em outros termos. Defende a tese de que a colisão entre direitos deve ser solucionada não pela ponderação de bens, mas pelo princípio da *concordância prática*, segundo o qual “os bens protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade” (1998, p. 66).

O princípio da unidade da Constituição imprime a necessidade de que a eficácia satisfatória dos bens por ela tutelados só possa ser alcançada quando traçados limites de exercício para ambos, o que ele chama “tarefa de otimização”. “Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto, ser *proporcionais*; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos” (p. 67).

A crítica que Hesse faz ao critério da ponderação de bens é o fato de que a finalidade da proporção fica sempre adstrita à variabilidade dos meios, fazendo prevalecer um determinado valor de acordo com os elementos dados num caso. Proporção para Hesse é justamente uma “coordenação”, definida por uma necessidade *a priori* imposta pela unidade constitucional de que os bens devem alcançar a sua máxima eficácia em acordo com outros bens que também devem alcançar sua eficácia. Assim, não há precedência de princípios, segundo

a variação de dados concretos, mas uma pré-determinação principiológica de que bens devem ser coordenados autolimitativamente nas suas eficácias. E exemplifica com o problema da liberdade de opinião *versus* lei geral limitadora, em que deve haver uma coordenação proporcional entre o exercício da liberdade de opinião e os bens jurídicos protegidos pela lei geral. A proporcionalidade é, nesse sentido, uma diretiva de coordenação para os casos particulares, diretiva essa que, segundo Hesse, falta ao critério da ponderação de bens, “que cai sempre no perigo de abandonar a unidade da Constituição” (p. 67).

4.2.3. Proporcionalidade como ponderabilidade

Ao mencionarmos “ponderabilidade”, referimo-nos ao critério de hierarquização que, segundo o jusfilósofo mineiro Joaquim Carlos Salgado, deve haver no momento da aplicação dos direitos fundamentais, já que se consubstanciam, acima de tudo, em “valores fundamentais”. Segundo ele, há uma resistência entre os constitucionalistas em admitir o conceito de “hierarquia”, ao se referirem a direitos fundamentais. Disso decorrem propostas como “coordenação” de normas dessa natureza, ou “colisões” entre princípios de tal índole, que devem ser solucionadas por ponderações de bens, etc. O que não se cogita é estabelecer uma hierarquia entre direitos considerados igualmente fundamentais. A questão é analisada em outros termos quando levada à Filosofia do Direito, especificamente à axiologia jurídica.

Todo o problema da questão gira em torno do conceito de *hierarquia*, dos sentidos em que é tomado e do momento em que é empregado. Afinal, há ou não a possibilidade de se estabelecer uma “hierarquia entre direitos fundamentais” e, se de fato existe tal hierarquia, em que momento e como ela realmente aparece?

Paulo Bonavides ressalta que nenhuma norma constitucional deve ser interpretada em contradição com outra norma da Constituição: “atentando-se, ao mesmo passo,

para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano –, chega-se de necessidade ao ‘princípio da concordância prática’, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade” (1996, p. 386-387). Como podemos observar, o constitucionalista adere à posição de Hesse, que não admite hierarquia entre normas de direitos fundamentais. Relembrando, o princípio da concordância prática implica a concepção de que os bens jurídicos sob análise devem sofrer limitações recíprocas e necessárias para que, no *caso concreto*, possam vir a ter a *maior efetividade possível*, não se cogitando de uma “hierarquia entre eles”(DINIZ, 1998, p. 344-345). A jurística constitucionalista adere quase unanimemente a essa posição.

Alexy, como vimos, acaba por defender a possibilidade de uma hierarquização, não em nível formal, quando da declaração daqueles direitos, visto que a Constituição não hierarquiza os direitos considerados por ela igualmente fundamentais, mas em sede de aplicação. Se se admitisse *a priori* uma hierarquia, alguns deixariam de ser tão fundamentais quanto outros, o que estabeleceria infinitamente um grupo menor de “direitos fundamentais”, levando ao último, o mais fundamental dos direitos, o que é totalmente incompatível com o paradigma de Estado que declara direitos. No entanto, já há o diferencial de cada um ter sua esfera de incidência própria, como adverte Hesse.

Mas o problema salta quando se fala em solução de conflitos ou colisões entre direitos fundamentais. A questão é complexa, pois aqui aparecem figuras clássicas do direito, tais como “o interesse das partes”, “a pretensão resistida”, “o terceiro neutro e equidistante” que pretende a melhor solução, ainda que por equiprobabilidade, sendo que, em última instância, haverá de se recorrer a uma opção pelo “melhor direito” (expressão herdada do direito privado arcaico, mas que deve ter acepção ampliada).

Veja: formalmente todos aqueles direitos estão em pé de igualdade, mas quando aparece o conflito de interesses, ainda que se tente solucionar o problema de maneira coordenada, de modo que cada um alcance sua realidade, como propõe o princípio da proporcionalidade de Hesse, fato é que o interesse de uma das partes terá de se sobrepor ao da outra, para que seja efetivamente exercido.

Evidentemente se se está diante de uma situação jurídica em que não é possível o exercício absoluto de dois direitos ao mesmo tempo, um será exercido e outro não. Pode-se argumentar que, na verdade, um foi exercido limitadamente em face do outro, pois este era o alcance máximo de sua realidade (Hesse); mas veja que, para se delimitar esse alcance máximo, terá sido necessário previamente ter comparado as possibilidades de “alcances máximos” dos dois direitos. E porque prevaleceu um deles é que foi possível estabelecer o alcance máximo de cada um. Ou seja, o alcance *axiológico* de um foi mais amplo do que o alcance axiológico do outro. Isso significa que o alcance de cada um fica condicionado pelo alcance do outro dialeticamente, o que reclama, em última análise, o estabelecimento de uma hierarquia que possibilite *pôr fim* à controvérsia.

Ressaltemos uma vez mais que a hierarquia não se estabelece formalmente, como previne Bonavides, mas no momento da aplicação é que se faz necessária, não como identificação pré-estabelecida na lei, mas extraída de todo um esforço *exegético-axiológico* para solver o conflito. A essa proposta hermenêutica Joaquim Carlos Salgado denomina “princípio de ponderabilidade”, o que esclarece: “há uma ‘hierarquia ou ponderação’, segundo a formação escalonada da própria ordem valorativa”, que não se confunde com o “pesar” dos alemães, que parte de uma hermenêutica lógica, e não axiológica (1996b, p. 32-33), aqui proposta.

Nesses termos, o posicionamento crítico do filósofo dirige-se para a conclusão de que a falácia da discussão entre os juristas cons-

titucionalistas é a tentativa de solucionar o problema dos direitos fundamentais, problema axiológico por excelência, *intrassistematicamente*, o que não se resolve com critérios jurídicos simplesmente. Tal erro se assemelha à tentativa epistemológica kelseniana em explicar o sistema jurídico a partir dele mesmo, o que o levou a recorrer a uma espécie de *deus ex machina* sob a forma de *norma fundamental*.

Soluções de índole axiológica não são possíveis senão pela *superação* filosófica, com recurso às categorizações da Filosofia do Direito. É da natureza do valor a *hierarquia*, ou seja, a preponderância de um valor sobre o outro⁸. Ao incorporá-los em declarações de direitos, as Constituições não os desfiguram dos seus respectivos *pesos*, embora do ponto de vista *formal* sejam aparentemente iguais. Por isso que o critério de solução de qualquer antinomia entre direitos fundamentais é o da *ponderabilidade*, segundo o qual há prevalência de uns sobre os outros no momento da aplicação, considerando-os sempre como valores que são e que não deixam de ser por estarem positivados em cartas jurídicas (SALGADO, 1998b). *Ponderabilidade* (tal qual *coercibilidade*), porque sempre há *possibilidade* de sopesamento em instância de aplicação, mas que jamais macula a declaração *universal* positiva e formal. Semelhante à *coercibilidade*, que nunca afasta do fenômeno jurídico a possibilidade de convivência entre cumprimento forçado e cumprimento espontâneo do preceito normativo.

5. A proporcionalidade e o devido processo legal

O princípio da proporcionalidade é tido hoje como princípio norteador da própria atividade do poder legislativo, que pode ser questionada judicialmente quanto a sua razoabilidade. “Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabele-

cer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência do Estado de Direito” (BONAVIDES, 1994, p. 283).

No constitucionalismo alemão, o princípio é invocado como o próprio fundamento do moderno Estado de Direito. Já no constitucionalismo americano, encontra sua sede no devido processo legal substantivo. Nos Estados Unidos, o devido processo é considerado o princípio por excelência do Estado Democrático de Direito, estando aí embutida a idéia de proporcionalidade ou razoabilidade, como um de seus variados conteúdos.

6. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal no sistema jurídico brasileiro

A Constituição Brasileira de 1988 positivou o devido processo em seu art. 5º, inciso LIV, mas, no nosso sistema, não tem o mesmo significado que no americano, pois a própria Constituição elenca todas as principais garantias processuais (contraditório, ampla defesa, juízo competente etc), o que corresponderia ao devido processo adjetivo; e ainda elenca exhaustivamente todos os direitos e garantias fundamentais individuais, coletivas, sociais e políticas, o que corresponderia ao devido processo substantivo.

Alguns autores interpretaram sua adoção pelo sistema jurídico brasileiro no seu sentido estritamente adjetivo, como Pinto Ferreira, que assim o definiu: “o devido processo legal significa o direito a regular o curso da administração da justiça pelos juízes e tribunais. A cláusula constitucional abrange de forma compreensiva:

a) o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação;

b) o direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça;

c) o direito ao procedimento contraditório;

d) o direito de não ser processado por leis *ex post facto*;

e) o direito de igualdade com a acusação;

f) o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal, e legitimidade obtida;

g) o direito ao juiz natural;

h) o privilégio contra a auto-incriminação;

i) a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada;

j) o direito aos recursos;

l) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada” (1989, p. 175-176).

O art. 44 do projeto constitucional de 1988 previa o princípio da razoabilidade como requisito de legitimidade dos atos da administração pública, o que foi suprimido da redação final. No entanto, ficou o princípio inscrito na cláusula do devido processo legal, nos moldes americanos.

Assim, há uma tendência da Doutrina em afirmar que o princípio da proporcionalidade, que não está expressamente positivado na Constituição, tem sua referência normativa na positivação do devido processo legal. Outra tendência, de bases germânicas, entende ser o princípio inerente ao Estado de Direito, sendo desnecessária sua inscrição constitucional nesse sentido.

De qualquer modo, juízes e tribunais brasileiros “têm encontrado no princípio da razoabilidade, direta ou indiretamente, fundamento constante para as suas razões de decidir”. Podemos exemplificar com os seguintes votos proferidos em Tribunais de Justiça:

“É de se deferir liminar em ação direta de inconstitucionalidade com relação a lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás liquefeito de petróleo entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor. Além de violação ao princípio da

proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos, há evidente plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a ser declarada a inconstitucionalidade.”

“A norma legal que concede ao servidor inativo vantagem pecuniária cuja razão de ser revela absolutamente destituída de causa... ofende o *princípio da razoabilidade*, que atua, enquanto projeção caracterizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado” (BARROSO, 1998, p. 217-219).

Alguns autores ressaltam que o princípio da proporcionalidade ainda se mostra de forma muito acanhada no sistema jurídico brasileiro, dado o apego à clássica concepção da separação dos poderes e da discricionariedade dos atos do poder público, principalmente do poder político, que se encontra hoje quase todo concentrado nas mãos da cúpula do Poder Executivo, com suas “infindáveis Medidas Provisórias”⁹.

7. Ainda algumas considerações sobre o tema

Não poderíamos finalizar este estudo sobre tema tão festejado na contemporaneidade, sem antes suscitar, ainda que de forma acanhada, mais uma questão jusfilosófica.

Todo esse desenvolvimento remonta, como assegura o professor Joaquim SALGADO (1997b), a um tema antigo em direito: a *equidade*, que segundo ele não aparece simplesmente como método de integração de lacunas jurídicas. É ela o supremo princípio do direito, tanto na sua fase de formação como elaboração, quanto na de aplicação (que engloba a integração).

A equidade é definida por Aristóteles como ponto intermediário, uma espécie de *termo proporcional*, pois que em toda espécie

de ação em que há o mais e o menos também há o igual.

“Se, pois, o injusto é iníquo, o justo é equitativo, como aliás pensam todos mesmo sem discussão. E, como o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio-termo” (1991, p. 84-85).

O equitativo e o justo são, na verdade, a mesma coisa, com uma única diferença, que torna o equitativo melhor:

“lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales” (ARISTÓTELES apud GARCIA MAYNES, 1956, p. 373).

Ponderar é justamente estabelecer um meio termo entre propostas radicais, fazendo concessões a ambas, pois se o excesso é o mal, a carência também o é, como ensinava Aristóteles.

O próprio conceito de direito traz em si a concepção do adequado. O *jus*, diz o filósofo Henrique Cláudio de Lima Vaz, é o que é adequado ao indivíduo na sociedade. Daí conceber-se a característica da *eunomia* da lei, que, segundo o filósofo, é o fato de a lei ter de necessariamente ser aplicada equitativamente. E ainda segundo ele, não ser possível uma equidade aritmética que implicaria “dar um pedacinho da lei para cada um”, mas ela é por excelência geométrica, ou seja, a aplicação da lei segundo as necessidades colocadas em questão. Assim, o conceito de equidade sempre ronda o direito, não só como método de integração normativa, mas como próprio critério de aplicação da lei (em sentido amplo, envolvendo, inclusive, princípios jurídicos), que, se for aplicada em todo o seu rigor, levada aos seus extremos, acaba por gerar injustiça. Como sempre enfatiza Padre Vaz, *summum jus, summa in juria* (1997).

Salgado enfatiza que se tem restringido muito o conceito de equidade, como o justo

no caso concreto. O conteúdo da equidade como princípio supremo do direito, como idéia imanente ao fenômeno jurídico, ultrapassa em muito o seu caráter metodológico, ou seja, como um caminho corretivo dos rigores legais. Para ele, a proporcionalidade (ou razoabilidade) embutida no devido processo legal nada mais é do que manifestação do princípio supremo da equidade, que se traduz, em última instância, na adequabilidade dos meios aos fins aristotélica. É aquela razão ou proporção imanente à própria idéia de direito, seja no momento da elaboração, seja no momento de aplicação das leis e princípios. É o que o jurista vai encontrar como a *ratio* suprema do fenômeno jurídico.

Nessa perspectiva, temos valiosa contribuição de Recacens Siches, para quem o problema da equidade não é o de corrigir a lei, ao aplicá-la a determinados casos particulares: “no se trata de ‘corregir la ley’. Se trata de otra cosa: se trata de ‘interpretarla *razonablemente*’” [grifo nosso] (1975, p. 654).

Do exposto, podemos deduzir que, ao interpretar-se uma lei para aferir se seu conteúdo está ou não em consonância com o princípio supremo da razoabilidade (ou proporcionalidade) contido na expressão substantiva do *due process of law*, está-se, indiscutivelmente, submetendo essa lei ao rigoroso “controle” do justo razoável expresso na idéia de *equidade*.

8. Tripla conclusão: sistêmica, técnica e ontológica

Da tentativa de apreensão do verdadeiro significado do princípio da proporcionalidade e do devido processo legal, concluímos que, enquanto matéria de natureza constitucional, as garantias processuais, sejam expressas numa fórmula como “o devido processo legal”, sejam expressamente declaradas na Constituição, são garantias típicas dos Estados Democráticos de Direito, que asseguram garantias processuais em nível e sob a forma de direitos fundamen-

tais, moderna conquista positivante dos imemoriais *direitos naturais*.

A fórmula *due process of law* padece de imprecisão técnica, pois que o conceito de processo não engloba, na sua essência, direitos de natureza tão substanciais como direito à vida, à liberdade, à integridade física e moral etc; de índole substantiva ou material. Há uma imprecisão técnica na expressão “devido processo legal substantivo”. No entanto, se foi essa fórmula que despertou a comunidade jurídica americana para a necessidade de se resguardarem direitos fundamentais num Estado considerado de Direito, o discurso (ou a intenção) é válido, apesar da falta de rigor terminológico.

O princípio da proporcionalidade como critério de compatibilização de direitos fundamentais e controle dos atos do poder público é expressão suprema da grande evolução por que tem passado o Estado de Direito, que caminha hoje para sua efetivação como verdadeiro Estado Social de Direito. Pouca relevância tem a discussão sobre a sua expressão no devido processo ou sua autonomia principiológica, como “princípio não-escrito próprio do Estado de Direito”. Na verdade, cada sistema conseguiu, dentro do seu momento histórico-cultural, dentro das suas possibilidades jurídico-conceituais, compreendê-lo e torná-lo um ditame moderno da justiça, ou da “liberdade objetivada na ordem jurídica”, o que os antigos chamavam simplesmente de *epiékheia* ou *equitas*.

Notas

¹ “O Estado social é o que declara, como sua finalidade central, a realização da justiça social e, por isso, dos direitos sociais”, assinalando “a convergência das dimensões do poder e da liberdade no processo civilizatório do Ocidente” (SALGADO, 1996, p. 40 e 1997a, p. 4-5).

² Anunciamos, desde já, que a expressão desses direitos apontados pelo Professor Baracho na Constituição Brasileira vigente é o inciso LIV do art. 5º, que positivou expressamente o chamado “devido processo legal”, o que desenvolveremos em momento oportuno.

³ Tema atualíssimo é a questão da aplicação dos direitos fundamentais hoje pela Comunidade Européia, sobre o qual José Alfredo Baracho suscita questão: “Surge uma multiplicidade de questões em relação a uma satisfatória interpretação do espírito e da letra do tratado institutivo da Comunidade, colocando-se em relevo a questão da estabilidade do ordenamento comunitário, para proteção adequada dos direitos fundamentais do cidadão, reconhecidos pelo Direito constitucional dos Estados. Prevendo o amplo exercício do poder, por parte dos órgãos normativos comunitários, o tratado institutivo da Comunidade Européia não contém uma declaração ou catálogo dos direitos fundamentais, que devessem ser respeitados pelo exercício desse poder. A Corte de Justiça da Comunidade Européia elaborou construção em nível de direitos humanos, de conformidade com a interpretação do direito escrito comunitário... Todavia uma satisfatória interpretação do direito comunitário escrito encontra lacunas em questões de direito fundamental, pelo que só reconhece de maneira limitada aos intentos de garantir o respeito dos direitos fundamentais. A Corte de Justiça forneceu uma relevante contribuição para o desenvolvimento do ordenamento comunitário mediante amplo recurso e elaboração do ‘princípio geral do direito’..., princípio deduzido do direito interno do Estado-membro, de conformidade com uma certa convergência do sistema jurídico nacional” (BARACHO, 1998b, p. 5). O autor acrescenta que a discussão sobre um “catálogo” europeu de direitos fundamentais, bem como a tutela dos mesmos pela Corte de justiça da Comunidade européia, tem suscitado relevantes questões no que concerne ao controle de constitucionalidade em matéria de direitos fundamentais. “A tradição constitucional, como instrumento internacional, relativo à tutela dos direitos do homem, dos Estados membros que cooperam e aderiram, tem relevância” (BARACHO, 1998a, p. 4).

⁴ Acrescentamos aqui a distinção feita pela doutrina em geral entre “direitos” e “garantias”: os direitos são bens e vantagens conferidos por normas jurídicas; garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens (SILVA, 1998, p. 413).

⁵ Acrescentamos que o autor não usa o termo *ideologia* “no sentido reducionista de interesses de classe, mas de um conjunto de idéias que dá unidade à cultura de um povo, embora possa ser usada no interesse de uma classe ou facção, às vezes de modo deformado... Um partido político, por exemplo, tem na sua ideologia um projeto para toda a sociedade e não apenas para o grupo” (SALGADO, 1998).

⁶ Luís Roberto Barroso esclarece que os alemães preferem o uso do termo “proporcionalidade”, mais utilizado como razoabilidade entre os americanos. Todavia pode um termo ser tomado pelo outro (1998, p. 204).

⁷ Pronunciamento do Tribunal Constitucional Alemão, citado por Luís Roberto BARROSO (1998, p. 208).

⁸ São características do valor a sua *transcendência*, a sua *dialética* (valor e contravalor convivem necessariamente) e a sua *hierarquização* (pois que valores não são iguais, senão, não seriam valores, havendo a necessidade de hierarquizá-los em face da sua heterogeneidade) (VAZ, 1997).

⁹ Nesse sentido, ver a obra supracitada de Luís Roberto BARROSO (1998, p. 213-216), e as severas críticas de Suzana de Toledo Barros a voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek no Supremo Tribunal Federal (1996, p. 173-176).

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A corte constitucional, o direito interno e o direito comunitário. *O Sino do Samuel*, Belo Horizonte, ago. 1998. Faculdade de Direito da UFMG.

_____. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 28, maio/out. 1980/1982.

_____. *Teoria do processo civil comunitário: a tutela jurisdicional comunitária*. (Apostila).

_____. Tutela dos direitos fundamentais e as regras gerais de processo na prática e na jurisprudência da comunidade européia. *O Sino do Samuel*, Belo Horizonte, maio 1998, Faculdade de Direito da UFMG.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- BETTI, Emilio. *La interpretacion de las leyes y actos jurídicos*. Traducción y prólogo por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 34, 1994.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CINTRA, A. Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Márcio Vasconcelos de. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Padova: Casa Editrice Dott. Automi Milane, 1994.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GARCIA MAYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1956.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LAFFERRIÈRE, Julien. *Manuel de droit constitutionne*. 2. ed. Paris: Domat Montchrestien, 1947.
- MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1956.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1961. v. 2.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Hegel: a sociedade civil e o estado racional. *Estado de Minas*, 28 jun. 1997a.
- _____. *Notas do curso de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: UFMG, 1997b.
- _____. O estado ético e o estado poietico. Separata de: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998a.
- _____. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 82, 1996a.
- _____. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, jul./set. 1996b.
- _____. Entrevista realizada no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, set. 1998b.
- SICHES, Luis Recacéns. *Tratado general de filosofia del derecho*. Mexico: Porrúa, 1975.
- SIDOU, Othon. *Processo civil comparado: histórico e contemporâneo*. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. revista e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Notas do curso de ética sistemática*. Belo Horizonte: Centro de Estudos Superiores da Companhia de Jesus, ago./nov. 1997.
- ZAMUDIO, Héctor Fix. Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal: Estudios en Honor de Eduardo J. Couture. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, tomo 1, ano 24, n. 1, ene./jun. 1980.

A responsabilidade civil do Estado e o dano moral

Jair José Perin

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamento atual da responsabilidade objetiva do Estado. 3. A desnecessidade da denunciação da lide e a ação regressiva. 4. O amparo para o dano moral e a relatividade do direito. 5. A incompatibilidade da teoria da responsabilidade objetiva ante o dano moral (teoria subjetiva). 6. Conclusão.

1. Introdução

A responsabilidade civil do Estado, no decorrer da evolução do direito, passou por diversas fases, começando por aquela em que o Estado não podia ser responsabilizado por qualquer lesão ao direito de alguém, já que, na concepção absolutista, o Estado não estava na mesma relação que as pessoas físicas e jurídicas. Passou, posteriormente, para a fase da responsabilidade civilista, surgida na França, quando da discussão sobre a conceituação de atos de império e de gestão, onde começou a ser firmada a responsabilidade da administração pública por danos provenientes de atos de gestão, no caso de culpa ou dolo do agente público. Como evolução da teoria da responsabilidade civilista, passa-se para a fase da publicização da culpa administrativa, criação do Conselho de Estado francês. Essa teoria inova profundamente, pois passa-se para a responsabilidade do Estado independentemente da falta do agente público, quando originária da Administração, pelo mau fun-

Jair José Perin é Advogado da União, PRU 4ª Região.

cionamento do serviço público ou pela sua inexistência, cuja decorrência deve ser concretamente avaliada e analisada. Essa fase marca a transição para a atual fase da responsabilidade objetiva do Estado. O fato que materializou essa nova concepção foi o julgamento do caso Blanco em 1873, na França, quando somente as regras de direito público foram aceitas para a solução do caso, porquanto o Estado aparecia como causador de dano a administrado. Nesse tipo de responsabilidade, segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *a idéia culpa é substituída pela de nexo de causalidade, entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.*

Nesse tipo de responsabilidade, *não há necessidade de apreciação do dolo ou culpa.* É a chamada teoria do risco, porquanto tem como pressuposto que a atuação do poder público envolve um risco de dano, que lhe é ínsito.

Nas palavras de Heleno Taveira Tôrres, pela teoria do risco objetivo figura o entendimento de que ao lesado não interessa conhecer o responsável pelo dano, ele almeja o ressarcimento, desde que estabelecido o nexos causal entre ele e o Estado.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles observa que a teoria do risco envolve duas modalidades: a do risco administrativo, caracterizada essa por admitir as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros, caso fortuito ou força maior; e a do risco integral, a qual não admite as excludentes aceitas pela teoria do risco administrativo.

2. Fundamento atual da responsabilidade objetiva do Estado

A Constituição atual da República Federativa do Brasil adotou a teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo. O art. 37, § 6º, dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e

as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Por essa redação, existe a possibilidade de o Estado, caso condenado a indenizar o administrado, ingressar com ação regressiva, de rito ordinário, nos termos do Código de Processo Civil, contra o agente público, caso este tenha sido o responsável, por dolo ou culpa, pela condenação do Ente Público. Para ajuizar essa ação, portanto, há a necessidade de prévia condenação da pessoa estatal à indenização de terceiros por ato lesivo do agente, e anterior constatação, em processo regular, em que sejam respeitados todos os princípios do devido processo legal, do comportamento doloso ou culposos do agente.

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos, confirma o exposto quando expressa:

“Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiro.

(...)

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”.

3. A desnecessidade da denúncia da lide e a ação regressiva

Em consonância com a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, não mais é obrigatória, e nem aceitável, a denúncia da lide nos termos do art. 70, III, do CPC, na própria ação indenizatória, para funcionar como o direito de regresso. A razão para a sustentação desse entendimento reside no fato de que na ação indenizatória baseada na responsabilidade objetiva do Estado, segundo a teoria do risco administrativo, somente é afastada a responsabilidade do Ente Estatal caso este prove a culpa

exclusiva da vítima, de terceiros, caso fortuito ou força maior. Não existe, por extensão, espaço nessa relação processual para discutir a culpa ou o dolo do agente público que porventura tenha sido o causador do dano. A respeito, veja-se as seguintes jurisprudências:

“1) CONSTITUCIONAL. Responsabilidade Civil do Estado. Seus pressupostos. 2) Processual Civil. A ação de indenização, fundada na responsabilidade objetiva do Estado, por ato de funcionário (Constituição, Art. 107 e parágrafo único), não comporta obrigatoriamente denunciação a este, na forma do art. 70, III, do Código de processo Civil, para apuração de culpa, desnecessária a satisfação do prejudicado” (Supremo Tribunal Federal, RE - 93880/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Décio Miranda, DJ 05.02.82, pág. 10443).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 70, III, DO CPC. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DENUNCIAÇÃO À LIDE DO AGENTE PÚBLICO PRETENSAMENTE CAUSADOR DO DANO. DESNECESSIDADE. TEORIA OBJETIVA ABARCADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Tendo a Constituição Federal abarcado a teoria objetiva da responsabilidade, todo dano ocasionado ao particular, por servidor público, há de ser ressarcido, independentemente da existência de dolo ou culpa deste. Assim, pela via oblíqua, forçoso é de se concluir que a denunciação à lide, *in casu*, embora recomendável, é desnecessária à satisfação do direito do prejudicado, e não afasta a possibilidade de o denunciante requerer o direito alegado, posteriormente, na via própria, haja vista não ter o art. 70, inc. III, do Estatuto Processual Civil, norma do direito instrumental, o poder

de aniquilar o próprio direito material. Precedentes. Agravo regimental improvido” (Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Decisão de 20/11/2001, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – 396230, Processo nº 2001.00.82346-0/BA).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO RETIDO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. ACIDENTE DE AUTOMÓVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. LUCROS CESSANTES.

1. Em ação de responsabilidade civil por ato omissivo ou comissivo do servidor da pessoa jurídica de direito público, a denunciação da lide pode ser indeferida pelo juiz. Nessa ação, incumbe ao autor provar a ocorrência do fato lesivo e o dano daí decorrente. A culpa do servidor não é discutida. A Constituição Federal assegurou à pessoa de direito público a ação de regresso, independente de denunciar a lide.

2. Abalroando o motorista do carro oficial, por não atentar para as condições de tráfego, no momento, o veículo (táxi), que trafegava pela faixa que lhe era própria, em situação regular, responde o Estado pela indenização.

3. Tendo o automóvel, táxi, permanecido parado, na oficina, para conserto, impossibilitando o seu proprietário de auferir renda com a sua utilização, obrigado está o Estado a pagar os lucros cessantes.

4. Agravo retido e apelação improvidos” (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Relator Juiz Tourinho Neto, Apelação Cível no Processo nº 1989.01.09213-1/DF, publicado no DJ 04/06/1990, pág. 11755).

“DIREITO ADMINISTRATIVO. REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE COLISÃO DE MOTOCICLETA COM VIATURA DO EXÉRCI-

TO BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO. DENUNCIÇÃO DA LIDE DOS MILITARES RESPONSÁVEIS. INVIABILIDADE.

A denúncia à lide dos militares envolvidos no acidente implicaria em evidente prejuízo ao apelado, pois procrastinaria o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, em razão da responsabilidade objetiva do Estado, fazendo com que dependa de solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses, entre o Estado e os militares” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Relatora Juíza Luíza Dias Cassales, Apelação Cível no Processo nº 94.04.39728-8/RS, publicado no DJ DE 14/10/1998, pág. 580).

De acordo com o doutrinador Humberto Theodoro Júnior, pela sistemática do Código de Processo Civil, a denúncia da lide é medida obrigatória, que leva a uma sentença sobre a responsabilidade de terceiro em face do denunciante, de par com a solução normal do litígio de início deduzido em juízo, entre autor e réu. Consiste em chamar o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo.

Como se vê, existe substancial diferença entre a denúncia da lide prevista na Lei Processual brasileira e a ação regressiva constante no art. 37, § 6º, da Carta da República Federativa do Brasil, haja vista que nesta, primeiro o Poder Público responde objetivamente à luz da teoria do risco administrativo e, caso condenado, em provando a culpa ou dolo do agente público, ingressa com uma ação contra este.

4. O amparo para o dano moral e a relatividade do direito

Feitas essas considerações, cabe enfrentar a problemática da indenização por dano

moral ante a atual sistemática de processamento dos pedidos de indenização por danos decorrentes da responsabilidade objetiva agasalhada pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988, refletindo a evolução do direito nacional e internacional em relação ao ser humano como indivíduo em si, ou considerado coletivamente, garantiu a inviolabilidade de direitos que o Poder Constituinte Originário reconheceu como essenciais, os quais, na sua grande maioria, encontram-se arrolados no art. 5º. Esses direitos fundamentais fazem parte daquele núcleo constitucional imodificável e inatingível pelo Poder Derivado, seja por intermédio de emenda constitucional, seja por outro modo de reforma da Carta Magna, porquanto constituem cláusulas pétreas nos termos do § 4º do art. 60. Somente por meio de outro poder constituinte originário isso será possível, o que não deverá ocorrer, com certeza, haja vista constituírem direitos conquistados pela própria evolução da humanidade e dos estados politicamente organizados, mais principalmente os democráticos de direito.

Como forma de garantir e dar efetividade à inviolabilidade dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, a Carta Fundamental prevê, além de outros, a possibilidade de ser pleiteada a indenização não só do dano patrimonial, mas também do dano moral. Os incisos V e X do art. 5º da Carta Fundamental dispõem respectivamente:

“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;”

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Por estarem previstos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, são considerados direitos fundamentais, aos quais deve ser dado o máximo de con-

cretização material, já que desfrutam de aplicabilidade imediata, de acordo com o expresso no parágrafo primeiro desse artigo. Cabe aqui trazer as considerações do doutrinador José Afonso da Silva, a respeito da aplicabilidade e eficácia das normas que contêm os direitos fundamentais. Assim leciona o mestre constitucionalista:

“A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.”

Esses direitos fundamentais consagrados na Carta Fundamental exigem do Estado, por vezes, uma atuação negativa, no sentido de não agredir e/ou desrespeitar a esfera individual da pessoa ou da coletividade considerada, e, em outras situações, uma atitude positiva para dar concretude às ex-

pectativas das pessoas e da sociedade.

Essas previsões constitucionais colocaram por terra todas vacilações que havia na doutrina e jurisprudência a respeito do cabimento ou não de indenização por dano moral. Na feliz constatação do doutrinador Celso Ribeiro de Bastos: “Isso não quer dizer que já não houvesse uma longa teorização, antes de 1988, em torno da figura do dano moral. Já estava nas mentes dos autores que o dano não é apenas aquela agressão física, responsável por prejuízos materiais que deveriam ser indenizados. Havia um outro tipo de dano mais sutil, mas nem por isso menos agressivo e maligno, que é aquele fruto de ataques à honra, à dignidade, à reputação e mesmo aos sentimentos humanos”.

Porém, essa previsão constitucional da possibilidade de ser pleiteada a indenização por dano moral, quando houver violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, não pode ser encarada de forma simplista, devendo ser levados em consideração diversos fatores, valores em conflito e circunstâncias envolvidas, a fim de ser um instrumento de aceitação e de resignação por toda a sociedade.

Há que se ter presente que a Carta Magna impõe ao Estado e à Sociedade o dever de garantir não somente os direitos de primeira geração (a vida, a liberdade, a associação, etc.), mas também os de segunda (o direito ao trabalho, à saúde, à educação, etc.), e de terceira (direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, etc.); ou seja, houve um abandono da idéia individualista, passando a existir uma inquietude social mais abrangente. Isso demanda, efetivamente, para o Estado, uma preocupação global, a fim de não ocorrer maior valorização de determinados direitos em prejuízo de outros. Logicamente que a viabilização dos direitos de segunda, terceira e até de quarta geração, estes reconhecidos por apenas alguns doutrinadores, reflete diretamente sobre os de primeira geração, como estes, também, repercutem em relação às demais gerações

de direitos. Na verdade, percebe-se que existe uma verdadeira interação e interdependência nessas gerações de direitos.

O doutrinador Alexandre de Moraes nos traz as seguintes lições:

“Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.”

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavie afirma que esses nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29, afirma que:

“toda a pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liber-

dades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.”

O advogado Mário Lúcio Quintão Soares nos reporta:

“A Constituição brasileira, procurando ser um instrumento de mudança social, preconiza, expressamente, princípios basilares de direitos humanos, como: soberania, cidadania, dignidade humana e valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização social; a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

A Carta Magna evoluiu ideologicamente em relação às Constituições anteriores, mesmo a liberal de 1946, ampliando as garantias constitucionais aos direitos individuais e coletivos contemplados, estabelecendo um capítulo específico e moderno para os direitos sociais e introduzindo os direitos fundamentais de terceira geração, dispondo inclusive, no artigo 225, sobre o ‘direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado’.

Ocorreu incontestável avanço na abordagem dos direitos fundamentais, que devem integrar-se em uma justaposição harmônica, evitando a deformação individualista, para abranger o rol de todos os direitos que devem ser reconhecidos ao cidadão e ao homem.”

Portanto, referente à ação de indenização por dano moral quando o Estado agride os direitos fundamentais, a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade, deve ocorrer o máximo de cuidado na apuração do dano efetivo, à sua extensão, às suas circunstâncias, e outros aspectos relevantes, a fim de não haver um atropelo à necessária harmonia com os demais direitos e princípios que precisam ser assegurados pelo Poder Público. Cabe trazer a seguinte jurisprudência a respeito:

“DANO MORAL. Necessariamente ele não existe pela simples razão de haver um dissabor. A prevalecer essa tese, qualquer fissura de contrato daria ensejo ao dano moral conjugado com o material. O direito veio para viabilizar a vida e não para truncá-la, gerando-se um clima de suspense e de demandas. Ausência de dano moral, no caso concreto. Recurso desprovido” (AC nº 596185181-RS, 6ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Décio Antônio Erpen, julgamento 05.11.96).

Segundo Carlos Alberto Bittar, “danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas”.

Para Wilson Mello da Silva, “dano moral é aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural (não jurídica) em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos”.

Maria Helena Diniz observa que o “dano moral, ensina-nos Zannoni, não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem conteúdo, ou melhor, a consequência do dano (...). O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da priva-

ção de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”.

Em artigo publicado no Jornal Zero Hora (10 out. 1998), o Desembargador Décio Antônio Erpen, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim expressa:

“(…) De outro lado, a seara jurídica fomenta, hoje, um instituto que, igualmente, instabiliza o próprio direito. Refiro-me à indústria do dano moral.

Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e sem parâmetros legais para a sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição de desconforto. Ele, que deve ser o executivo da norma, passou a personalizá-la.

A prevalecer o instituto sem critérios legais definidos, os profissionais, em especial os prestadores de serviço, exercerão seu mister com sobressalto; os produtores não resistirão às indenizações de valores imprevisíveis. Sequer as seguradoras assumirão a cobertura ante a ausência de um referencial para a elaboração dos cálculos. Enfim, toda a sociedade estará submetida ao subjetivismo, o que conspira contra um valor supremo do direito, a segurança jurídica.

A corrente belicosa, se vitoriosa, gerará uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação ao narcisismo. A promissora indústria do dano levará a esse triste quadro.(…)”

5. A incompatibilidade da teoria da responsabilidade objetiva ante o dano moral (teoria subjetiva)

Percebe-se, sob a ótica supracitada, que a responsabilidade do Poder Público quanto ao dano moral necessita passar por uma avalia-

ção subjetiva, a fim de levantar com detalhes o grau de culpa ou de dolo do agente público causador do dano, bem como da vítima.

Quando envolver um agente público como vítima de dano causado por outro agente do Estado, o cuidado na avaliação do dano moral necessita aumentar ainda mais, devendo chegar, na maioria dos casos, a não existir, porquanto, na grande soma dos casos, o agente é vítima de outro agente que está envolvido diretamente nas circunstâncias em que o fato ocorreu. Para exemplificar, tomemos a atividade policial e militar, na qual esses agentes assumem, ao tomarem posse nos cargos e funções, riscos inerentes à sua profissão, tais como, periculosidade, insalubridade e penosidade, muito acentuados, em que o limite entre a culpa ou dolo do Poder Público, por intermédio de seus outros agentes, e o próprio risco da atividade em si é muito tênue, exigindo do Poder Judiciário, quando da prestação jurisdicional, muita parcimônia e sopesamento de todos esses fatos envolvidos. Geralmente, nesses casos, ocorre, também, uma compensação dos próprios bens protegidos constitucionalmente. Suponhamos que um agente policial, numa perseguição a bandidos, venha a ser alvejado por outro agente policial envolvido na operação, resultando no seu passamento. A sua família poderá ingressar com uma ação por dano moral, alegando a violação a algum bem protegido constitucionalmente. Ocorre que, simultaneamente, outros bens imateriais (p. ex. a honra e a imagem), certamente, estarão em jogo, os quais, no final da equação, ficarão numa posição de realce a dignificar essa vítima e sua família.

Pode-se dizer que existe uma incompatibilidade evidente entre a forma de apuração da responsabilidade objetiva patrimonial com aquela que deve nortear a investigação em relação ao dano moral, em que nesta os aspectos subjetivos devem ser muito bem provados e sopesados, enquanto naquela o Poder Público somente se exime de responsabilidade da indenização caso

consiga provar a culpa exclusiva da vítima, de terceiro, força maior ou caso fortuito.

A prova da culpa ou do dolo do agente público em relação ao dano moral causado à vítima pelo Estado é imprescindível, como também a existência da própria violação dos bens imateriais protegidos constitucionalmente (honra, vida privada, intimidade e imagem).

O direito à indenização por dano moral deve fundar-se no art. 159 do Código Civil, pelo qual o autor precisará provar o ato culposo do agente, onexo causal entre o ato e o resultado, bem como o prejuízo decorrente. Significa dizer que, em princípio, para o autor conseguir êxito na causa indenizatória tem o ônus e incumbência de provar a ocorrência dos três requisitos retrocitados, tudo de acordo com o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro.

Não existe lugar na ação de indenização pela responsabilidade objetiva para discutir aspectos subjetivos, com ampla instrução processual, provas, contraditório e defesa, que envolvem a responsabilidade por dano moral.

Além do mais, se o agente público supostamente causador do dano moral não participa da relação processual, haja vista que não existe previsão constitucional e legal de denúncia da lide ao mesmo, e o próprio Poder Público está coartado a somente discutir aspectos restritos, como a culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito, não pode haver espaço para o pleito de reparação de dano moral na ação por responsabilidade objetiva, o que deve ser buscado, por conseguinte, em outra ação com fundamento na responsabilidade subjetiva.

Para corroborar com o acima exposto, veja-se a posição jurisprudencial do STJ:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. AGRESSÕES POR SEGURANÇAS DE SHOPPING CENTER. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. OBSERVÂNCIA AO ART. 21, CPC. RECURSO DESACOLHIDO.

I – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, *proporcionalmente ao grau de culpa* e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, *com razoabilidade*, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica.

II – Diante dos fatos da causa, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos seguranças como também a circunstâncias relevante de que os shopping centers são locais freqüentados diariamente por milhares de pessoas e famílias.

III – *Em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle.*

IV – *Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial nela foi considerada” [grifamos]*

(Resp nº 215.607 – RJ, Relator Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, julgado ocorrido em 17/08/1999, publicado no DJ 13/09/1999).

Ante os termos expressos na ementa do acórdão referenciado, a qual muito bem sintetizou a fundamentação constante do voto vencedor, percebe-se que, efetivamente, a forma de apuração da responsabilidade objetiva é totalmente inadequada para a

averiguação e fixação da indenização por dano moral, porquanto a análise dos aspectos subjetivos, que nesse caso exige, como o grau de culpa, as peculiaridades do caso, as circunstâncias em que ocorreu o dano, e outros detalhes, refogem por demais à alçada do rito restrito da apuração objetiva. O próprio ônus da prova do fato constitutivo do direito do autor da ação de indenização por dano moral tem uma diferença substancial em relação à ação de indenização patrimonial pela teoria do risco administrativo adotada pela responsabilidade objetiva.

6. Conclusão

Com o exposto acima, espera-se ter contribuído, de alguma forma, para aumentar, ainda mais, a inquietude em relação ao tão polêmico assunto, que é a indenização por dano moral, principalmente quando a ação é ajuizada contra o Poder Público, seja por pessoa que não faça parte da Administração Pública, seja por agente público.

Ao que parece, a ação indenizatória por dano moral não pode aproveitar-se do rito processual que segue a ação de reparação por dano patrimonial à luz da responsabilidade objetiva, pela teoria do risco administrativo, porquanto nesta o Estado somente pode discutir aspectos restritos para eximir-se da obrigação de indenizar, que é a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, de terceiros, caso fortuito e força maior.

Por envolver dano moral, em que diversos aspectos devem ser levados em consideração, inclusive para a fixação do *quantum debeat*, a ação deve ser ajuizada com base no art. 159 do Código Civil, ou seja, com base na responsabilidade subjetiva, pela qual o autor terá o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Caso seja imputada a responsabilidade a algum agente público, esse deverá participar da relação processual, na condição de litisdenunciado.

Quanto ao cabimento em si da indenização por dano moral, essa somente deverá

ocorrer quando o Estado, por meio de seus agentes, de fato, agredir os direitos fundamentais (a honra, a intimidade, a imagem e a vida privada) de forma evidente, antijurídica, a fim de não se transformar em um instrumento de enriquecimento sem uma justa causa. E quando essa indenização ocorrer, precisará levar em conta todos os requisitos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão acima mencionado.

O pedido de indenização por dano moral envolvendo como vítima agente público deve merecer mais atenção do Poder Judiciário, haja vista que, na grande maioria dos casos, o suposto dano ocorreu pelas circunstâncias inerentes à sua própria atividade pública.

Além do mais, o agente público, ao tomar posse em cargo ou função pública, assume os riscos iminentes à sua atividade, não podendo, por isso, ser desconsiderados quando da apreciação de pleito indenizatório por dano moral.

Outro relevante aspecto a considerar, quando existir agente público ou sua família como vítima, refere-se a que, na grande quantidade dos casos, os valores imateriais reverenciados e destacados pelo Poder Público e a própria sociedade, quando ocorrer um dano a esse agente, suplantam, em muito, algum outro suposto direito protegido constitucionalmente pela ação de indenização por dano moral, alegadamente violado.

Por fim, na seara do pleito de dano moral contra o Estado, deve ocorrer um cuidado todo especial, a fim de não haver uma supervalorização desses direitos fundamentais de primeira geração, prejudicando, com isso, políticas públicas voltadas a en-

tender harmonicamente outras gerações de direitos fundamentais, que exigem atuações positivas por parte do Poder Público; e, inclusive, esse desequilíbrio, poder gerar, como alguns doutrinadores alertam, desarmônica social e não pacificação.

Bibliografia

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; JONE, Walter. *Manual de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ERPEN, Décio Antônio. A indústria do dono moral. *Zero Hora*, Porto Alegre, 10 out. 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 115, 1992.

SOUSA, Alvaro Couri Antunes. O valor da causa nas ações indenizatórias por danos morais. *Revista dos Tribunais*, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TÔRRES, Heleno Taveira. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 126, 1995.

A moralidade administrativa e sua densificação

Emerson Garcia

Sumário

I. Proêmio. II. Introdução. 1. Princípios. Aspectos gerais. 2. O caráter normativo dos princípios. 3. princípio da juridicidade. III. A moralidade administrativa e sua densificação. 4. Princípio da moralidade administrativa. In-
tróito. 5. A moral no direito privado. 6. A moral no Direito Administrativo e seu alicerce dogmático. 6.1. Delimitação da moralidade administrativa. 6.2. Essência da moralidade administrativa. 6.3. Previsão normativa. 6.4. A moralidade e os elementos do ato administrativo. 6.5. A moralidade administrativa na jurisprudência pátria. 7. Códigos de ética. IV. Síntese conclusiva.

I. Proêmio

Qualquer que seja a ideologia seguida, é tarefa assaz difícil combater a idéia de que o elemento moral é um componente indissociável da coexistência humana. Identificar seu alcance e sua esfera de interpenetração com o direito é tarefa extremamente delicada e envolta em atmosfera de grande risco. A justificativa, por sua vez, é tão simples quanto a conclusão: a noção de moral veicula conceito dotado de grande fluidez e imprecisão, exigindo a convergência de múltiplos fatores exógenos para a sua densificação. Dificuldade à parte, a identificação do real alcance da regra moral nos permitirá uma contínua valoração e adequação dos valores subjacentes a determinado grupamento, contribuindo

para a preservação da harmonia nas relações intersubjetivas.

O presente escrito, que percorre caminhos já trilhados por penas ilustres e indubitavelmente mais talentosas, busca explorar a grande potencialidade do princípio da moralidade para a efetivação do ideal democrático, o que se dará a partir da demonstração de que a densificação de seu conteúdo nada mais é do que o resultado da extração do sumo de toda a normatização regente da atividade estatal. Com isso, confere-se-lhe uma expressão multifacetária que melhor se adequará aos constantes influxos sociais, permitindo uma contínua aferição da legitimidade dos atos daqueles que administram o patrimônio alheio, pois não cabe ao administrador público outra postura senão satisfazer os interesses do verdadeiro detentor do poder: o povo.

Exposto o objetivo, resta-nos indicar os meios que serão utilizados para a sua consecução.

Situando-se a perspectiva de estudo sob uma ótica principiológica, é imperativo que sejam tecidas breves considerações sobre o método a ser utilizado para a individualização dos princípios, prosseguindo-se com a demonstração de seu caráter normativo, o que é reflexo do aperfeiçoamento do positivismo de outrora, época em que norma e regra eram designativos de objetos idênticos e que preenchiam todo o espaço deixado para a atividade de criação do direito. Hodiernamente, a norma é identificada como o gênero do qual defluem duas espécies: a regra e o princípio – ambos dotados de conteúdo axiológico similar e que diferem a partir de seus graus de abstração e generalidade.

Concebido o princípio como norma, torna-se cogente que o administrador público a ele renda obediência. Estabelecida essa premissa, buscamos densificar o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, o qual é um *standard* de conduta informado pelos valores retirados das demais normas regentes da atividade estatal.

II. Introdução

1. Princípios. Aspectos Gerais

Tradicionalmente, os princípios vêm sendo estudados pela Teoria Geral do Direito, seara em que assumem grande importância na atividade de aplicação da norma, atuando como verdadeiros mecanismos de interpretação e integração desta. Em sua acepção clássica, de alicerce *jusnaturalista*, os princípios seriam proposições supremas, de natureza universal e necessária, próprios da razão humana e cuja observância independe do poder de coerção próprio da criação legislativa. Para o direito natural, os princípios são extraídos da natureza humana, sendo informados por elementos racionais, de consciência e pela interação do homem com o ambiente.

Para os *positivistas*, que encontram na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1998) a sua pedra fundamental, os princípios, em essência, são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação. Podem ser explícitos ou implícitos, conforme estejam expressamente previstos no direito positivo ou dele sejam extraídos com a utilização de um processo hermenêutico, o que permitirá que sejam aclarados e declarados pelo intérprete. A identificação dos princípios não prescinde da norma, antes se apresentam como o alicerce fundamental que a sustenta e que deflui de sua estrutura. É nesse sentido que se fala em princípios gerais de Direito¹, ou, como preferem os italianos², em princípios gerais do ordenamento jurídico, nomenclatura essa que torna mais clara sua origem, associando-os aos princípios implícitos.

O instrumento utilizado para a identificação dos princípios que integram o alicerce de um sistema jurídico é o processo lógico-indutivo, o qual possibilita que o estudo de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam. Assim, parte-se do particular para o

geral, com a conseqüente formação de círculos concêntricos – em nítida progressão dos graus de generalidade e abstração – que conduzirão à identificação da esfera principiológica em que se encontram inseridos os institutos e, no grau máximo de generalidade, o próprio sistema jurídico. A própria compreensão das regras específicas encontra-se condicionada à identificação e análise dos princípios extraídos do sistema em que estão inseridas, o que garantirá a harmonia entre este e as partes que o integram³. A partir desse método de generalização crescente, o operador do direito será conduzido à identificação dos princípios específicos norteadores de determinado instituto, bem como aos princípios que informam certo ramo da ciência jurídica e, ulteriormente, àqueles que alicerçam o sistema jurídico em sua integridade. Como se vê, esse prisma de análise se distingue daquele que é encampado pelos léxicos, em que o princípio é concebido como uma “proposição que se põe no início de uma dedução e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável” (HOLANDA, 1986). Aqui, o princípio é o elemento deflagrador de todo o sistema, enquanto lá o princípio é extraído do sistema.

À luz do exposto, vê-se que os princípios podem ter sua origem no ordenamento jurídico, sendo explícitos ou implícitos, conforme encontrem previsão expressa no direito positivo ou, apesar de não terem sido expressamente previstos, defluam do sistema – neste último caso, há os denominados princípios gerais de direito.

Extra-sistêmicos, por sua vez, são os princípios associados à concepção de *direito justo*, própria do *jusnaturalismo*, não possuindo grande aceitação ante a sua extrema volatilidade. Apesar disso, deve-se frisar que essa assertiva não deve ser confundida com uma plena aceitação da *concepção positivista*, que veda ao intérprete qualquer consideração de ordem axiológica e limita sua atividade a uma operação de subsunção do

fato à norma. A própria incompletude do ordenamento jurídico, de tendência crescente ante a impossibilidade de imediata adequação da norma aos influxos sociais, torna inevitável que o operador do direito venha a sopesar os valores comuns a determinado grupamento com o fim de integrar as lacunas normativas, o que maximiza o papel dos princípios.

2. O caráter normativo dos princípios

Em sua gênese, conforme a doutrina tradicional, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração daquelas. Hodiernamente, tem-se um período pós-positivista, em que os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios. Na lição de Jorge MIRANDA (1990, p. 198), “os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas – princípios e normas – disposições”.

Aqueles que se opõem ao caráter normativo dos princípios normalmente acenam com sua maior abstração e com a ausência de indicação dos pressupostos fáticos que delimitarão a sua aplicação, o que denota uma diferença substancial em relação às normas, as quais veiculam prescrições dotadas de maior determinabilidade, permitindo a imediata identificação das situações, fáticas ou jurídicas, por elas reguladas (BELADIEZ ROJO, 1994, p. 75 et seq.). Em nosso entender, tais elementos não são aptos a estabelecer uma distinção profunda o suficiente para dissolver a relação de continência existente entre normas e princípios, figurando estes como

espécies daquelas. Inicialmente, deve-se dizer que o maior ou o menor grau de generalidade existente em duas normas, a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer diferenças de ordem ontológica entre as mesmas. Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, conseqüência essa que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja observância é obrigatória. Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente – o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio – e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores.

Discorrendo sobre o tema, Norberto BOBBIO (1989, p. 158-159) afirma que

“os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sem-

pre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”.

De forma correlata à evolução dogmática que terminou por delinear a relação de continência existente entre as normas e os princípios, resta identificar os elementos que os distinguem das regras. Trata-se de conseqüência lógica dos argumentos expostos no item precedente, pois, fossem regras e princípios designativos de objetos idênticos, certamente dispensável seria uma classificação dicotômica, bastando falar em normas jurídicas.

Não obstante a evolução, ainda não se chegou a um consenso quanto à identificação da linha limítrofe que separa as regras dos princípios, vale dizer, quando determinada disposição consubstanciará uma regra ou quando deve ser concebida como um princípio.

As concepções doutrinárias podem ser subdivididas, basicamente, em duas posições: de acordo com a primeira, denominada *concepção débil dos princípios*, a distinção para com as regras é quantitativa, ou de grau; enquanto a segunda, intitulada de *concepção forte dos princípios*, sustenta que a diferença é qualitativa.

A *concepção débil de princípios* está vinculada a uma visão positivista do Direito, não visualizando uma distinção substancial em relação às regras, mas, unicamente, uma maior generalidade e abstração, o que conduz os princípios à condição de normas fundamentais do sistema⁴ e lhes confere um grande valor hermenêutico, sem aptidão, contudo, para fornecer uma unidade de solução no caso concreto.

A *concepção forte de princípios* identifica distinções sob os aspectos lógico e qualita-

tivo, o que individualiza os princípios como normas jurídicas que se diferenciam das regras em razão de sua composição estrutural. A imperatividade da ordem jurídica não se esgotaria na previsão explícita das regras jurídicas, estendendo-se aos valores consubstanciados nos princípios⁵. Ante o prestígio auferido por essa concepção, para a qual converge a grande maioria dos estudos contemporâneos, teceremos breves considerações a respeito de dois de seus maiores expoentes.

Para DWORKIN (1980, p. 24), um dos maiores cultores da metodologia jurídica contemporânea, os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementam automaticamente com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede que sejam previstas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação. A efetividade dos princípios não é resultado de uma operação meramente formal e alheia a considerações de ordem moral. Os princípios terminam por indicar determinada direção, mas não impõem uma solução em particular.

A distinção lógica entre regras e princípios é evidenciada por Dworkin ao dizer que

“ambos estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. *Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada*. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão”.

Dessa distinção deflui que os princípios possuem uma dimensão de peso, o que influirá na solução dos conflitos, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Quanto às regras, por não apresenta-

rem uma dimensão de peso, a colisão entre elas será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico – critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Segundo Robert ALEXY (1993, p. 86, et seq.), enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus⁶, sendo que a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Além de encerrarem *comandos de otimização* que variarão consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes por ocasião de sua aplicação, os princípios apresentam peculiaridades em relação às regras.

Para o jurista alemão, os princípios coexistem harmonicamente, o que permite a sua coexistência e que, em caso de conflito, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação de seu peso e da ponderação de outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto⁷. O conflito entre regras, por sua vez, será solucionado com a introdução de critérios de especialidade entre elas ou com o reconhecimento da invalidade de uma ou de algumas das regras confrontadas, permitindo que seja identificada aquela que regulará a situação concreta. Aqui, diferentemente do que ocorre com os princípios, não se tem um exercício de ponderação, mas uma forma de exclusão, sendo cogente a aplicação da regra ao caso. *Enquanto os conflitos entre regras são dirimidos na dimensão da validade, os conflitos entre princípios o são na dimensão do peso* (ALEXY, 1993, p. 89). Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possí-

vel, o que significa que a diferença entre regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, é qualitativa e não de grau.

Após essa sintética abordagem das doutrinas de Dworkin e de Alexy, constata-se que a distinção existente entre regras e princípios é melhor identificada a partir da visualização da espécie de solução exigida para os casos de colisão, o que nos leva a encampar a *concepção forte dos princípios*.

É de se notar, ainda, que a regra é um tipo de norma que, presentes os pressupostos autorizadores de sua aplicação, regerá determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio, por sua vez, é um tipo de norma cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando-o com os valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

Na dogmática contemporânea, os princípios podem assumir diversas funções. No que diz respeito ao objetivo específico deste escrito, podem assumir uma função explicativa, permitindo a identificação da *mens legis* e sua contínua adequação aos valores sócio-culturais existentes por ocasião de sua aplicação, ou uma função normativa, tornando cogente que os fatos, simultaneamente, sejam valorados em conformidade com as regras e os princípios que lhes são subjacentes.

A adoção dos princípios tornará a norma mais fluida e indeterminada, pois revestem-se de um grau de abstração e generalidade mais acentuado do que as regras; por outro lado, a menor determinabilidade do campo de aplicação da norma será compensada com uma adequação mais célere aos valores que disciplina, o que também exige maior responsabilidade do operador do direito ao sopesar sua axiologia e densificar seu conteúdo. De forma sintética, pode-se dizer que a aplicação das regras se esgota em uma operação de subsunção, enquanto os princípios possibilitam um exercício de

ponderação, permitindo que sejam sopesados os valores que informam determinada situação fática, culminando com a identificação da solução justa para o caso concreto.

Os princípios incidirão diretamente sobre a esfera de determinado bem jurídico, permitindo a integração da regra, aclarando o seu significado lingüístico e delimitando o seu objeto. É nesse sentido que avulta a importância dos princípios para o desenvolvimento deste estudo, pois, como será visto, o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, e esta é integrada por regras e princípios, o que permite dizer que a imperatividade desses elementos, cada qual com seu grau de determinabilidade, haverá de ser observada pelo agente. Além dessa função normativa, a concreção da regra, delineada e limitada pelos princípios, terminará por indicar a *otimização*, e conseqüente correção, do comportamento do agente público. Em uma palavra, sua probidade.

Segundo CANOTILHO (1999, p. 1086), que sintetiza as teorias existentes, vários são os critérios sugeridos para a distinção entre regras e princípios, destacando-se os seguintes:

“Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do

sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

Proximidade da idéia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”

3. Princípio da juridicidade

Pouco a pouco, os princípios regentes da atividade estatal foram erguidos aos estamentos mais elevados do ordenamento jurídico, sempre buscando manter o Estado adstrito às suas finalidades institucionais e garantir a estrita observância das liberdades públicas, com o conseqüente aumento da segurança dos administrados.

Ao atingirem o ápice da pirâmide normativa, foi inevitável a constatação de que o princípio da legalidade deixou de ser o único elemento de legitimação e limitação da atividade estatal, isso porque dele não mais defluíam a totalidade das regras e princípios que a norteavam; pelo contrário, passaram a coexistir lado a lado. Com a constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade⁸, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita – com contornos superpostos à regra – passando a compreender regras e princípios.

Essa evolução dogmática está estritamente vinculada à própria concepção de Estado de Direito, o qual, segundo CANOTILHO (1998, p. 239), “visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*”, acrescentando que “o direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vin-

culativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria instituições”. O princípio da legalidade passou a ser visto como integrante de um princípio maior: o princípio da juridicidade. Com isso, consagra-se a inevitável tendência de substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, do “direito por regras” pelo “direito por princípios”.

Como observou Germana de Oliveira MORAES (1999, p. 24), “a noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”. Como exemplo dessa tendência, pode ser citada a declaração constitucional da Lei Fundamental de Bonn, cujo art. 20 estatui que tanto o Poder Executivo como os Tribunais estão vinculados *an Gesetz und Recht* (à Lei e ao Direito). Em que pese o fato de o princípio da moralidade ser um dos vetores básicos da proibidade administrativa, afigura-se evidente que tal princípio está abrangido por uma epígrafe mais ampla, sob a qual se encontram aglutinados todos os princípios regentes da atividade estatal, papel que é desempenhado pelo princípio da juridicidade.

No caso específico do Direito Administrativo, objeto principal deste escrito, afora os princípios que defluem do sistema (implícitos), preocupou-se o Constituinte em estatuir, de forma expressa, aqueles que deveriam ser necessariamente observados pelos agentes públicos. Nessa linha, dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da República: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, efi-

ciência e, também, ao seguinte:...””. Como se constata pela leitura do texto constitucional, os princípios enumerados no art. 37 devem ser observados pelos agentes de *todos* os Poderes, não estando sua aplicação adstrita ao Poder Executivo, o qual desempenha funções de natureza eminentemente administrativa.

Não obstante o extenso rol de princípios, expressos ou implícitos, que norteiam a atividade do agente público, entendemos que merece maior realce o princípio da moralidade, o qual aglutina as características do bom administrador, do agente probo, cuja atividade se encontra sempre direcionada à consecução do interesse público.

III. A moralidade administrativa e sua densificação

4. Princípio da moralidade administrativa. Intróito

Moral, como se sabe, é algo mais fácil de ser sentido do que propriamente definido. Trata-se de conceito eminentemente variável, sofrendo acréscimos, ajustes e supressões em conformidade com os critérios de ordem sociológica vigentes no meio em que se desenvolverá a sua análise; critérios esses que variarão em conformidade com os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético do grupamento. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal, apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção.

Com o evoluir das relações sociais e a paulatina harmonização dos interesses do grupamento, foi inevitável a formulação de conceitos abstratos, os quais condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência social, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribui para a manutenção do bem-estar geral. A moral representa o elemento aglutinador de tais concepções, podendo ser

concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada pelo filósofo Bergson, tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada, e, no segundo, a moral aberta.

As relações do Direito com a moral são tão antigas quanto polêmicas. Diogo Figueiredo MOREIRA NETO (1992) noticia que,

“no estudo dessas relações, desde logo encontramos o magno problema da distinção entre os dois campos, da Moral e do Direito, e, destacadamente, duas geniais formulações: primeiro, no início do século XVIII, de Cristian Thommasius, e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant. Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: a Moral (caracterizada pela idéia do *honestum*), a Política (caracterizada pela idéia do *decorum*) e o Direito (caracterizado pela idéia do *iustum*), para demonstrar que os deveres morais são do ‘foro interno’ e insujeitáveis, portanto, à coerção, enquanto os deveres jurídicos são externos e, por isso, coercíveis. Immanuel Kant, sem, de todo, abandonar essa linha, ao dividir a metafísica dos costumes em dois campos, distinguiu o *dateoria do direito* e o *dateoria da virtude* (Moral); as regras morais visam a garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao passo que as regras jurídicas asseguram-lhes a liberdade externa na convivência social”.

A partir dos sentimentos auferidos no campo moral, é possível delinear e nortear a regra de direito. Com a moral, tornou-se possível identificar e proteger os que estão de boa-fé e, na outra vertente, castigar os que agem com malícia e perseguem a fraude. Apesar disso, observa-se que nem sempre a

moral se exterioriza como mero elemento “propedêutico” da ciência jurídica. Não raras vezes, a regra moral penetra no mundo jurídico e, com o auxílio do poder de coerção estatal, torna-se uma regra obrigatória de conduta. Nas percucientes palavras de Georges RIPERT (2000, p. 24), “o dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa; o dever de prestar assistência ao próximo poderá chegar à consagração legal?” Por certo, uma resposta positiva a esse questionamento, pouco a pouco, vai-se delineando. À guisa de ilustração, pode ser mencionado o preceito constitucional que impõe à sociedade o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação etc⁹. Não seria este um caminho adequado a uma larga interpenetração da moral na regra de direito e, conseqüentemente, uma forma de construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”?¹⁰.

A presença da moral sempre se fará sentir na regra de direito, quer seja quando toma a própria forma desta, ou mesmo quando forneça o colorido da realidade social que haverá de ser regida pela norma de conduta, permitindo a sua integração e a consecução do tão sonhado ideal de justiça. Em que pese inexistir uma superposição total entre a regra de direito e a regra moral, em essência, não há uma diferença de domínio, de natureza e de fim entre elas; nem pode existir, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia de justo é uma idéia moral¹¹.

Identificada a existência de um regramento moral e outro jurídico, a observância deste será tanto mais forte quanto for sua superfície de coincidência com os padrões de moralidade do grupamento que haverá de ser por ele regido. Correspondendo ao ideal moral, a norma será respeitada de forma voluntária, tendo-se um reduzido número de irresignações. Colidindo com os padrões de moralidade, haverá grande re-

sistência na sua observância¹², o que comprometerá os próprios fins almejados com a sua edição, culminando com uma instabilidade social – situação que persistirá até que a norma consiga subjugar os ideais preexistentes, vindo a criar outros à sua imagem e semelhança.

5. A moral no Direito Privado

Foi no âmbito do Direito Civil que a regra moral primeiramente se fez sentir, rompendo com os dogmas da onipotência do princípio da legalidade. Paulo já dissera que nem todo ato que respeita a lei está em harmonia com a moral: “*non omne quod licet honestum est*”.

A maior maleabilidade da regra moral permite um acompanhamento mais célere dos influxos sociais, tornando-se indispensável à efetivação do ideal de justiça, o qual, em determinados casos, não é passível de ser alcançado pelo engessamento normativo. Tal pode ser percebido com a contínua remissão legislativa à idéia de *bons costumes*, expressão que carrega consigo indubitosa carga moral.

Inicialmente com a teoria do exercício abusivo dos direitos e posteriormente com as doutrinas que impunham vedações ao enriquecimento ilícito e legitimavam a obrigação natural, sempre se buscou envolver a regra jurídica em uma atmosfera axiológica própria das regras de coexistência humana¹³.

O impacto inicial dessa nova variante, que orientaria e condicionaria a aplicação da regra jurídica, foi pouco a pouco diluído, resultando em uma ampla compreensão de sua importância, o que terminou por fazer que a regra moral migrasse para outros ramos do Direito, em especial para o Direito Público.

6. A moral no Direito Administrativo e seu alicerce dogmático

Deve-se a Maurice Hauriou o pioneirismo na idealização e no estudo da moralidade administrativa, iniciativa esta que cresce em relevância quando se constata que o seu

desenvolvimento se deu no ápice do positivismo jurídico, o que representava importante óbice aos mecanismos de contenção da atividade estatal que não se reduzissem a um mero preceito normativo.

Em seu *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, HAURIU (1914) sustenta que “o recurso por excesso de poder é uma via de nulidade que outorga ao Conselho de Estado o poder de anular uma decisão executória, se ela contém um excesso de poder formal da autoridade que tomou a decisão (incompetência, violação das formas, desvio de poder, violação da lei), e que, por ele mesmo, tende a impedir o procedimento executório de ação direta”, esclarecendo posteriormente que a irrisignação por violação da lei somente tem sido anexada ao recurso por excesso de poder de uma forma artificial, pois, enquanto os limites deste devem ser fruto de uma disciplina interna, resultando do próprio equilíbrio interior do órgão, em matéria de legalidade se tem um limite exterior ao poder administrativo, imposto pelo Legislador (p. 455).

Esse tipo de recurso criou a possibilidade de se penetrar em regiões novas, à medida que o próprio Conselho de Estado desejasse expandi-las, sendo talvez esse um dos argumentos utilizados para se impor maior resistência a essa doutrina.

Hauriou captara e desenvolvera a idéia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento utilizado em prol do interesse público, o que exigia a construção de mecanismos que o mantivessem adstrito a esse fim, tendo concluído, a partir das decisões do Conselho de Estado, “que os poderes da administração têm um certo objetivo ou que os atos da Administração têm uma certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sob influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo sob a influência de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado”.

Em seguida, distingue os recursos por *détournement de pouvoir* e por *violation de la loi*, esclarecendo que eles “visam a conformidade da ação administrativa, seja com o objetivo da boa administração (desvio de poder), seja com as prescrições da legalidade (violação da lei)”. Buscando estabelecer parâmetros adequados para a individualização do desvio de poder, conclui que este “não se reduz à legalidade, como se tem dito, pois o objetivo da função administrativa é determinado muito menos pela lei que pela moralidade administrativa (p. 439)”.

Não obstante a sementeira do princípio, somente na 10ª edição de seu *Précis*, conforme noticia Antônio José BRANDÃO ([19 - -?], p. 457), Hauriou indicou o que entendia por moralidade administrativa, tendo cunhado o conceito hoje plenamente difundido entre os juristas pátrios, em que sobreleva a distinção com a moral comum, tratando-se de uma moral jurídica que é caracterizada como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público. A norma, instituída pelo órgão que detenha tal prerrogativa, delimita as atribuições dos agentes públicos e estatui os meios a serem por eles utilizados para o alcance de determinados fins, denotando seu caráter funcional, como idéia de obra a realizar.

A moral administrativa, por sua vez, é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distin-

guir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa.

Marcel WALINE (1963, p. 489) critica a posição de Hauriou, concluindo que a violação à moralidade administrativa permite sancionar as violações ao espírito da lei que respeitem a letra desta; mas, em verdade, a violação ao espírito da lei ainda é uma violação à lei; logo, o desvio de poder advindo de um ato imoral também é uma forma de ilegalidade. Em verdade, a imoralidade conduziria à ilegalidade, sendo absorvida por esta.

Para Georges VEDEL (1973, p. 610), a exatidão da doutrina de Hauriou não é absoluta, pois o desvio de poder deve ser analisado como uma variação da ilegalidade, situando-se na violação da lei que imponha ao agente a obrigação de perseguir um objetivo determinado com a exclusão de todos os outros. Ressalta, no entanto, que a idéia de Hauriou não deve ser completamente rejeitada, já que o juiz (administrativo), sob o amparo “do espírito” da lei ou sob o amparo dos princípios gerais de direito, pode integrar as diretivas da moralidade à legalidade. Ao final, conclui que, do ponto de vista do direito feito (*droit fait*), o desvio de poder nada mais é que uma variação da ilegalidade, enquanto, do ponto de vista do direito que se faz (*droit qui si fait*), o desvio de poder incorpora à legalidade certos princípios de moralidade aos quais o juiz confere o respeito necessário.

6.1. Delimitação da moralidade administrativa

Expostas, em síntese, as concepções de Hauriou, Waline e Vedel, cumpre estabelecer nosso entendimento a respeito do princípio da moralidade.

Em um primeiro plano, não vislumbramos uma dicotomia absoluta entre a moral jurídica e a moral comum, sendo plenamente factível a presença de áreas de tangencia-

mento entre elas, o que não raro possibilitará a simultânea violação de ambas.

Sob outra perspectiva, constata-se que os atos dissonantes do princípio da legalidade sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como o regramento extraído da disciplina interna da administração; a recíproca, no entanto, não é verdadeira. Justifica-se, já que um ato poderá encontrar-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância da moralidade administrativa, vale dizer, dos ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal.

Convém ressaltar, ainda, que, apesar de não guardar sinonímia com o princípio da legalidade, a moralidade administrativa apresenta uma relação de continência com o princípio da juridicidade, o qual abrange todas as regras e princípios norteadores da atividade estatal. Violado o princípio da moralidade administrativa, maculado estará o princípio da juridicidade, o que reforça a utilização deste como parâmetro para a identificação dos atos de improbidade.

Assim, somente seria possível negar autonomia ao princípio da moralidade se à legalidade for dispensado um conceito amplo, abrangendo todos os valores juridicizados veiculados pelas regras e pelos princípios, usurpando o próprio conteúdo do princípio da juridicidade, o que importaria na adoção de sistemática de estudo distinta daquela encampada neste ensaio.

A valoração dos elementos delineadores da moralidade administrativa não pode ser direcionada por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar e aplicar a norma, deve o agente considerar os valores norteadores do sistema jurídico, ainda que se apresentem dissonantes de sua visão pessoal. Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra

que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica.

Ainda que o alicerce da moralidade se situe na própria norma, compreendendo as regras e os princípios, a influência de fatores externos em sua conformação – entendidos como tais as circunstâncias que envolvem a ação, verdadeiros elementos de densificação dos valores que compõem a moralidade – impede que sua delimitação e seu alcance sejam superpostos aos da lei, o que faz que cada situação concreta assuma peculiaridades que não são identificadas a partir do maior grau de concretude que emana da lei. Ademais, no direito positivo pátrio, legalidade e moralidade coexistem lado a lado por força de expressa disposição constitucional.

6.2. *Essência da moralidade administrativa*

De forma correlata à moral comum, o princípio da moralidade administrativa também exige que o administrador observe determinados valores, os quais assumem certa especificidade em razão da própria natureza de sua atividade.

Enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre os membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetro os valores subjacentes à atividade estatal.

Como foi visto, no Estado de Direito os atos dos agentes públicos auferem seu fundamento de validade na norma. O fim desses atos, em razão da própria natureza do Estado, haverá de ser sempre a consecução do bem comum. Em razão disso, é possível dizer que legalidade e moralidade se integram e se complementam, sendo cogente sua observância pelos agentes públicos.

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei, enquanto o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo pretendido estejam em harmonia com o dever de bem administrar. Ainda que os contornos do ato estejam superpos-

tos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.

A correção dessas conclusões, no entanto, pressupõe que um caminho mais árduo e tortuoso seja percorrido: a necessária conscientização de todos os setores da sociedade de que devem zelar pela observância do princípio da moralidade. O controle sobre os atos dos agentes públicos deve ser rígido e intenso, o que permitirá um paulatino aperfeiçoamento da atividade estatal e, o que é mais importante, a necessária adequação dos agentes públicos aos valores próprios de um Estado Democrático de Direito, no qual o bem comum representa o pilar fundamental.

Aqui, busca-se transmudar para o administrador público o ideal de que deve agir como um “bom pai de família”, o que permite dizer que o sentido jurídico da norma restará prejudicado sempre que estiver ausente o componente moral que caracteriza o “bom administrador”.

Dizer que o princípio da moralidade tem como alicerce os valores próprios da atividade estatal é conferir ares de banalidade a uma operação extremamente complexa e delicada, qual seja, extrair a essência desses valores e compatibilizá-la com a realidade fenomênica sem impregná-la do inten-

so subjetivismo que, certamente, se desprenderá do agente responsável por essa operação.

Diversamente do que ocorre com o princípio da legalidade, que é resultado direto da produção normativa estatal, o princípio da moralidade tem maior generalidade e abstração, o que exige uma atividade responsável e coerente para a correta identificação dos padrões de conduta que individualizam o bom administrador, vinculando-o à finalidade pública que é peculiar à atividade estatal, sempre com a necessária impessoalidade que deve estar presente em atos dessa natureza.

De acordo com Antônio José BRANDÃO ([19- ?], p. 45), para que se possa falar em boa administração, é preciso que esteja presente “o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente – para o bem, entenda-se, – nas situações concretas trazidas pelo cotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são”.

Partindo-se da premissa de que o alicerce ético do bom administrador é extraído do próprio ordenamento jurídico, é possível dizer que o princípio da moralidade administrativa atua como um verdadeiro mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards* que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos.

Talvez seja por esse motivo que a jurisprudência pátria, ao fundamentar suas decisões com base no princípio da moralidade administrativa, normalmente o faz em conjunto com outro princípio dotado de maior especificidade para o caso concreto (v.g.: moralidade e impessoalidade, moralidade e publicidade etc.). Tal, longe de arrancar a autonomia do princípio da morali-

dade, demonstra apenas que os valores extraídos do outro princípio utilizado concorreram de maneira mais incisiva na conformação do *standard* adotado como padrão de bom administrador naquela situação¹⁴.

Quando dizemos que referido *standard* representa o padrão de bom administrador à luz de determinada situação – fática ou jurídica –, queremos dizer que tal parâmetro não subsiste por si só, sendo imprescindível associá-lo à finalidade própria do ato a ser praticado. O dever de bem administrar somente será atingido quando for identificada e perseguida a *mens legis* criadora da regra de competência, pois o administrador de interesses alheios se encontra sempre vinculado à consecução da finalidade que melhor aprouver ao verdadeiro titular do direito, *in casu*, o interesse público.

Progressivamente, tem-se a identificação da situação que ensejou a prática do ato, a finalidade a ser atingida com ele, os princípios administrativos que possuem maior especificidade para o caso e, derradeiramente, a operação de aglutinação dos valores que consubstanciam a moralidade administrativa, com a conseqüente densificação do *standard* do bom administrador, o que haverá de ser feito tomando-se como referencial as três primeiras etapas anteriormente referidas.

6.3. Previsão normativa

O princípio da moralidade administrativa, em que pese não ter tido previsão expressa na Carta de 1967, há muito encontra-se arraigado no ordenamento jurídico pátrio, sendo considerado princípio implícito regente da atuação administrativa¹⁵.

Hodiernamente, o princípio está expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, o qual dispõe que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”; acrescentando-se, ainda, que o

âmbito de abrangência da ação popular, a teor do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, foi ampliado para alcançar a possibilidade de anulação dos atos lesivos à moralidade administrativa.

São igualmente formas de expressão do princípio da moralidade os preceitos constitucionais que prevêm como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁶ e que resguardam o decoro parlamentar¹⁷ e o dever de probidade do Presidente da República¹⁸.

Como se vê, os princípios da legalidade e da moralidade mantêm uma relação harmônica, ocupando o mesmo grau hierárquico na estrutura principiológica que rege os atos estatais, o que afasta qualquer concepção que considere o princípio da moralidade elemento secundário ou meramente complementar.

Tal qual o princípio da legalidade, é requisito de legitimidade da atuação do agente e de validade do ato administrativo; logo, sua inobservância pode acarretar a anulação do ato por meio de ação popular ou de ação civil pública¹⁹.

6.4. A moralidade e os elementos do ato administrativo.

Afigura-se indubitável que os atos administrativos devem apresentar plena adequação ao sistema normativo que os disciplina e ter sua finalidade sempre voltada à consecução do interesse público. A partir da presença de determinada situação fática, deve o agente público, nos limites de sua competência, praticar o ato administrativo que se ajuste à hipótese. Esse ajustamento, por sua vez, deve ser por ele demonstrado com a exteriorização dos motivos que o levaram a praticar o ato, o qual deve necessariamente visar a uma finalidade pública.

Não obstante presentes os elementos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e a plena compatibilidade entre eles e a lei, em muitos casos será vislumbrada a inadequação dos motivos declinados e da

finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente.

Para que o ato praticado em consonância com a lei esteja em conformidade com a moralidade administrativa, é imprescindível que haja uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, sendo analisadas no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada.

A intenção do agente deve surgir estritamente vinculada ao propósito de atingir o bem comum, escolhendo um fim que se harmonize com a previsão abstrata da norma e permitindo que o ato, em sua gênese, se apresente, a um só tempo, em conformidade com a lei e a moralidade administrativa.

A conduta do agente deve ser juridicamente possível e estar em harmonia com os efeitos jurídicos previstos na norma, o que, aliado à real intenção de atingi-los, conferirá licitude ao ato. No entanto, ainda que haja completa adequação da conduta à norma e esta possa produzir determinados efeitos, o ato será ilícito se for viciada a intenção do agente em relação aos reais efeitos que pretende alcançar, pois somente na aparência haverá adequação à lei.

Para que seja identificada a real intenção do agente, a qual poderá revelar a verdadeira motivação do ato e o objetivo colimado com a sua prática, afigura-se impossível a penetração no psiquismo do mesmo, o que conduzirá à análise de tal elemento volitivo a partir da situação fática embasadora do ato e dos caracteres externos – ainda que não declinados – que venham a influir na sua prática. A intenção, assim, é indício aferidor da moralidade do ato, sendo também verificada a partir da compatibilidade entre a competência prevista na norma e a finalidade pretendida com a prática do ato²⁰.

O ato formalmente adequado à lei, mas que vise, em essência, a prejudicar ou beneficiar outrem, será moralmente ilegítimo²¹, isso em virtude da dissonância existente entre a intenção do agente, a regra de competência e a finalidade que deveria ser legitimamente alcançada com esta.

Como desdobramento do que já foi dito, constata-se que, para a identificação da moralidade do ato, será sempre necessário analisar o motivo e o objeto em cotejo com o interesse público consubstanciado na finalidade, o que permitirá a identificação de possíveis vícios dos atos discricionários ou mesmo a presença de abuso de poder.

Estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente (ausência da situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato), insuficiente (o valor dos motivos não denota a necessidade do ato), inadequado (falta de correspondência entre o que deveria motivar o ato – *causa* – e a natureza categorial de seu objeto – efeito), incompatível (ausência de adequação com o objeto do ato) e desproporcional (valoração irrazoável dos motivos, levando a um resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato); identificando-se igual vício quando o objeto for impossível (o resultado jurídico almejado não se compatibiliza com o ordenamento jurídico ou com a realidade física), desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios) (MOREIRA NETO, 1992, p. 11-13).

6.5. A moralidade administrativa na jurisprudência pátria

Em inúmeras oportunidades, os tribunais têm sido instados a analisar a compatibilidade dos atos do Poder Público com o princípio da moralidade administrativa. À luz da jurisprudência pátria, infringem tal princípio:

a) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honorarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc.²²;

b) alienação de lotes de terrenos pertencentes à municipalidade, contíguos a outros de propriedade do Prefeito, e posteriormen-

te por ele adquiridos pelo valor da avaliação, acarretando a valorização da área contínua quando agregada à primitiva²³;

c) concessão de aposentadoria especial a vereadores, após o curto lapso de 8 (oito) anos de contribuição, com desvio de verba pública para cobrir *déficit* técnico²⁴;

d) resolução de Câmara de Vereadores que fixou os subsídios destes, em época de congelamento de preços e salários instituído no plano federal, em quantia exorbitante²⁵;

e) o custeio, pela municipalidade, das despesas de viagem ao exterior da esposa do Prefeito, em companhia dele, o que não representa nenhum benefício para o Município, ainda que ela dirigisse algum órgão público; sendo idêntica a conclusão em relação às despesas com viagens do Prefeito não autorizadas pela Câmara Municipal²⁶;

f) ato de Câmara Municipal que, sob o argumento de “oferecer exemplo à coletividade”, reduz a remuneração dos edis para a legislatura seguinte, após a realização da eleição em que a grande maioria não foi reeleita²⁷;

g) omissão deliberada da Administração Pública, sob a alegação de discricionariedade, deixando de convocar o estágio probatório que consubstancia condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, tendo feito com que exercessem tarefas próprias dos postos mais elevados sem a contrapartida salarial devida²⁸;

h) a participação de Juiz integrante de Tribunal Regional do Trabalho em eleição destinada a compor lista tríplice para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo²⁹;

i) fixação da remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores para vigor na própria legislatura em que fora estabelecida, o que também importa em violação ao art. 29, VI, da Constituição da República³⁰;

j) abertura de conta-corrente em nome de particular para movimentar recursos públicos, independentemente da demonstração de prejuízo material aos cofres públicos³¹.

7. Códigos de ética

A atividade administrativa, de forma correlata à observância das prescrições legais, deve render obediência aos valores que defluem do sistema, os quais são normalmente condensados sob a epígrafe do princípio da moralidade. A densificação desse princípio, cujo conteúdo deflui de preceitos explícitos e implícitos no sistema, representa, como já fora visto, tarefa extremamente delicada e complexa, o que é consequência inevitável de seu alto teor de abstração. Por tal motivo, são extremamente relevantes as iniciativas que buscam elaborar diretrizes básicas que devem nortear a atuação dos agentes públicos.

Com isso, são densificados os valores afeitos à moralidade administrativa e, conseqüentemente, tem-se um aumento de efetividade do princípio, pois seu alto grau de abstração passa a coexistir com comandos específicos que delinham as vedações e os deveres a serem cumpridos pelo agente e disciplinam a forma de exercício de seus direitos. Para alcançar tais objetivos, são editados os denominados “Códigos de Ética” ou “Códigos de Conduta”, os quais, como deflui da própria etimologia da expressão, estatuem os padrões éticos a serem observados por seus destinatários.

Tais “Códigos” são extremamente difundidos entre diversas categorias profissionais (Códigos de Ética dos advogados, dos médicos etc.) e coexistem, em diversas unidades da Federação, com o regime jurídico dos servidores públicos.

Estatuída a deontologia a ser seguida pelos agentes públicos e sendo certo que a mesma aufere seu fundamento de validade nos princípios regentes da atividade estatal, conferindo-lhes maior determinabilidade com a previsão de condutas específicas a serem seguidas, torna-se possível dizer que a violação dos deveres éticos normatizados pelo Poder Público consubstanciará relevante indício da inabilitação moral do agente para o exercício da função pública, já que violado o princípio da moralidade.

Além das sanções de ordem disciplinar a que estará sujeito o agente, também incidirá a tipologia específica dos atos de improbidade constante da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), que assumem uma feição nitidamente repressiva. Ocorre que, como antecedente lógico desta, os “Códigos de Ética” desempenham um papel eminentemente preventivo, pois individualizam, de forma explícita ou implícita, os preceitos proibitivos que consubstanciam a improbidade administrativa, o que certamente contribuirá para que os agentes adquiram consciência dos valores de ordem ética que devem seguir, direcionando, *pari passo*, sua atuação e evitando a prática dos atos de improbidade.

IV. Síntese conclusiva

I – Os princípios são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação.

II – Os princípios são estruturados a partir de um processo indutivo, o qual, por meio de um método de generalização crescente, permitirá que a análise de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam.

III – Os princípios não são meros complementos das regras, devendo ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios.

IV – Em razão de seu caráter normativo, a exemplo das regras, é imperativa a observância dos princípios.

V – De acordo com o princípio da juridicidade, a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita – com contornos superpostos à regra –, passando a compreender regras e princípios.

VI – O princípio da moralidade é um elemento primordial do princípio da juridicidade.

VII – Moral é noção de natureza universal, variando em conformidade com o tem-

po, o local e os mentores de sua concepção, terminando por condensar os valores subjacentes a determinado grupamento.

VIII – A moral comum se distingue da moralidade administrativa na medida em que esta é retirada dos valores subjacentes à Administração Pública.

IX – A moralidade administrativa coexiste com a legalidade, não sendo mero apêndice desta.

X – O princípio da moralidade administrativa atua como um mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards*.

XI – Os atos administrativos, além de estarem em consonância com a lei, devem apresentar conformidade com a moralidade administrativa, sendo necessária a existência de uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, analisando-se no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada.

Notas

¹ Na lição de GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (1986, p. 63) «la expresión ‘principios generales del Derecho’, empleada un tanto intuitivamente por el artículo 6 CC en su primeira redacción (hoy artículo 1º - 4), y más tarde generalizada en casi todos los países, es muy certera para indicar su verdadero contenido. Al decir que se trata de ‘principios’ se está precisando su carácter básico, en sentido ontológico, no sólo lógico, como soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son ‘generales’ por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supesta ‘justicia del caso concreto’ y mucho menos con opiniones subjetivas del intérprete; lo general, lo comunitario, es lo propio del mundo jurídico, aunque por supuesto, el primero de los valores comunitarios, más aún, el fin propio de todos ellos, sea justamente la libertad humana. Pero son, finalmente, principios ‘del Derecho’, esto es, como va hemos notado, fórmulas técnicas del mundo jurí-

dico y no simples criterios morales, o menos aún, las famosas buenas intenciones o vagas o imprecisas directivas”.

² O art. 12 das disposições preliminares do Código Civil italiano assim dispõe: «se uma controvérsia não pode ser decidida com uma disposição precisa, devem-se levar em conta disposições que regulem casos semelhantes ou matérias análogas; se o caso permanece ainda duvidoso, deve ser decidido segundo os *principios gerais do ordenamento jurídico* do Estado [grifo nosso].

³ DEL VECCHIO, G. apud *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Françoise Geny*. Paris: Sirey, [19--?], p. 69. v. 2.

⁴ Nesse sentido: Norberto BOBBIO (1989, p. 158-159).

⁵ Nesse sentido: Ronald DWORKIN (1993).

⁶ A afirmação de que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus resulta do fato de não veicularem mandados definitivos. Assim, o comando que deles inicialmente deflui pode ser afastado por razões opostas, sendo que a solução desse conflito não é identificada *a priori*, variando gradativamente conforme os valores em jogo no caso concreto.

⁷ Nas palavras de ALEXY (1999, p. 75), “princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito presuppõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre ponderação”.

⁸ A cunhagem do termo deve-se a Merkl, o qual incluía sob o signo do princípio da juridicidade todo o ordenamento jurídico, abrangendo os regulamentos, os princípios gerais, os costumes etc; tendo reservado a nomenclatura de princípio da legalidade unicamente à lei em sentido formal (cf. GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1978, p. 251).

⁹ Art. 227, *caput*, da CR/88.

¹⁰ Art. 3º, I, da CR/88.

¹¹ Cf. RIPERT, *op. cit.*, p. 27. Citando a lição de Gény, aponta o jurista uma diferença de caráter entre a regra moral e a regra jurídica: “a regra moral torna-se regra jurídica ‘graças a uma injunção mais energética e a uma sanção exterior necessária para o fim a atingir’”.

¹² Nas palavras do filósofo André COMTE-SPONVILLE (1999, p. 73-74), “quando a lei é injusta, é justo combatê-la – e pode ser justo às vezes violá-la”...”Sócrates, condenado injustamente, recusou a salvação que lhe propunham pela fuga, preferindo morrer respeitando as leis, dizia ele, a viver transgredindo-as. Era levar longe demais o amor à justiça, parece-me, ou antes, confundiu-a erroneamente com a legalidade”...”Lei é lei dizia

eu, seja justa ou não; nenhuma democracia, nenhuma república seria possível se apenas obedecêssemos às leis que aprovamos. Sim. Mas nenhuma seria aceitável se fosse necessário, por obediência, renunciar à justiça ou tolerar o intolerável. Questão de grau, que não se pode resolver de uma vez por todas. É o domínio da casuística, exatamente no bom sentido do termo. Às vezes, é necessário entrar na luta clandestina; às vezes, obedecer ou desobedecer tranquilamente... O desejável é, evidentemente, que leis e justiça caminhem no mesmo sentido, e nisso que cada um, enquanto cidadão, tem a obrigação moral de se empenhar”.

¹³ RIPERT (2000, p. 74), a partir da análise da jurisprudência francesa do início do século XX, elenca os seguintes mandamentos de preservação da moral: “não disporás da vida, do corpo e da liberdade do teu próximo para fins inúteis; tu próprio respeitarás a tua vida e o teu corpo; não procurarás tirar proveito do teu deboche ou de outrem; não enriquecerás injustamente pelo jogo ou pelo azar, por astúcia ou pela força ou por embuste, mesmo quando este não seja punível; não farás por interesse o que deves fazer por dever; não estipularás remuneração por atos que não devam ser pagos; não obterás por dinheiro uma impunidade culpável”.

¹⁴ No mesmo sentido: Marcelo FIGUEIREDO, (1999, p. 138).

¹⁵ Vide STF, RE nº 160.381-SP, rel. Min. Marco Aurélio, RTJ nº 153/1030.

¹⁶ Art. 3º, I, da CR/88.

¹⁷ Art. 55, II e § 1º, da CR/88.

¹⁸ Art. 85, V, da CR/88.

¹⁹ Arts. 129, III, da CR/88 e 25, III, “b”, da Lei nº 8.625/93.

²⁰ Na lição de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO (1993, p. 20), “a qualidade moral de um ato não deixa de ser para o hermenauta de fácil constatação. A leitura da norma em face do ato, a eficácia do ato conforme o fato, levam ao conhecimento das situações criadas e das relações estabelecidas. As distorções ficam evidentes. A intenção fica ou não fica clara. O ato afronta ou não à ordem jurídica”. Quanto à situação fática, esclarece que “o fato imaginado, fantasioso, inventado, possivelmente criado, irrelevante para a sociedade, que não exterioriza acontecimento concreto, de gênese e fins políticos, estranho às formas aconselhadas pelo direito, tal fato só pode germinar reflexos não morais na ordem jurídica” (p. 56-57).

²¹ O administrador público deve “servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer” (CAETANO, 1970, p. 684).

²² TJSP, 4ª CC., Ap nº 186.613-1/0, rel. Des. Alves Braga, j. em 24.06.93, RT nº 702/71.

²³ TJSP, 7ª CC, Ap nº 145.916-1/2, rel. Des. Campos Mello, j. em 26.06.91, RT nº 673/61.

²⁴ TJSP, 6ª CC, Ap nº 193.482-1/7, rel. Des. Leite Cintra, j. em 09.12.93, RT nº 706/63.

²⁵ TJMG, 4ª CC, Ap. nº 1.039/7, rel. Des. Alves de Mello, j. em 29.12.92, RT nº 699/140.

²⁶ STJ, 1ª., REsp. nº 37.275-5, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 15.09.93, RSTJ nº 53/322.

²⁷ STJ, 1ª T., REsp. nº 21.156-0, rel. Min. Milton Pereira, j. em 19.09.94, RSTJ nº 73/192.

²⁸ STJ, 6ª T., REsp. nº 79.961, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 29.04.97, RSTJ nº 97/405.

²⁹ STF, Pleno, MS nº 1748-1, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 14.04.94, DJ de 10.06.94.

³⁰ STF, 2ª T, RE nº 206.889-6, rel. Min. Carlos Velloso, j em 25.03.97, DJ de 13.06.97.

³¹ STF, 1ª T., RE nº 170.768-2, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26.03.99, DJ de 13.08.99.

Bibliografia

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: A. Guiffè, 1960.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, p. 67, 1999.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, p. 55, 1999.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy Livraria, 2001.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *A ética*. Tradução de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, [19--?].

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

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Librairie Dalloz, 1926.

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BELADIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994.
- BERTHÉLEMY, H. *Traité élémentaire de droit administratif*. 9. ed. Paris: Rousseau & Cie. 1920.
- BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. *Forense*, Rio de Janeiro, n. 157, p. 34, 1955.
- _____. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Laley Sociedad Anónima, 1964.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1989.
- BONARD, Roger. *Précis de droit public*. 7. ed. Par Maurice Duverger. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1946.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 25, [19--?].
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1995.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- D'ALESSIO, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. Torino: Unione Tipografico, 1932.
- DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo: interpretação e aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 701, p. 34, 1994.
- _____. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- DOREN, Charles Van. *Constitution des états uni*. Paris: Correa, 1956.
- DUEZ, Paul; DEBEYERE, Guy. *Traité de droit administratif*. Paris: Librairie Dalloz, 1952.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. 4. ed. Paris: E. de Boccard, 1923.
- _____. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923.
- _____. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1927.
- DUVERGER, Maurice. *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*. 5. ed. Paris: Universitaires de France, 1948.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University, 1980.
- EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 56, Rio de Janeiro, p. 47, 1959.
- ESMEIN, A. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. 7. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921.
- FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FERRAZ, Sérgio. O controle da administração pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, n. 188, Rio de Janeiro, p. 64, [19--?].
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. Corrupção administrativa: causas e remédios. *Revista de Direito Público*, n. 81 p. 182, 1987.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Proibidade administrativa: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FORSTHOFF, Ernest. *Traité de droit administratif allemand*. Traduit de l'Allemand par Michel Fromont. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.
- FREITAS, Juarez. Do princípio da proibidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 129 p. 51, [19--?].
- GARCIA, Emerson. Da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos contribuintes. *Revista de*

- direito do ministério público do estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 12 p. 367, 2000.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1986.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de direito público*, n. 93 p. 41, [19--].
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 8. ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- LAUN, Rudolf. *La démocratie, essai sociologique, juridique et de politique morale*. Paris: IIDP, 1933.
- LENTINI, Arturo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Società Editrice Libreria, 1939.
- LEVY, Leonard W. *Origins of the fifth amendment*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MAQUIAVEL, Nicolai. *O príncipe*. Tradução de Maria Lúcia Cumo. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 178, p. 47, [19- -?].
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 90, p. 57, [19- -?].
- _____. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 152, Rio de Janeiro, p. 01, [19- -?].
- _____. O desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, n. 172, Rio de Janeiro, p. 1, 1988.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- _____. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 190, p. 1, 1992.
- NALINI, José Renato. Anotações sobre corrupção e honestidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 768, p. 439, 1999.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a lei 8.429/92*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PHILIPPE, Xavier. *Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Marseille: Aix-Marseille, 1990.
- PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- RESTA, Raffaele. *La revoca degli atti amministrativi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2000.

- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?* Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 51, n. 179/180, 1990.
- _____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 53, [19--?].
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TÁCITO, Caio. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 8, [19--?].
- _____. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, 1999.
- _____. *Temas de direito público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [19--?].
- RECUEIL d'études sur les sources du droit em l'honneur de Françoise Geny. Paris: Sirey, [19- -?]. v. 2.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Universitaires de France, 1973.
- WALINE, Marcel. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Sirey, 1963.
- _____. *Notion juridique de l'excès do pouvoirs du Juge*. Paris: Recueil Sirey, 1926.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1937.

A inconstitucionalidade material da súmula vinculante

Sílvio Nazareno Costa

§ 1º Materialmente, a Constituição não é vista apenas como o conjunto de suas prescrições expressas. O ponto de vista material busca a essência, o conteúdo, a vontade da norma constitucional, sua filosofia ou espírito conformador.

“Nas Constituições há regras de forma, principalmente relativas à feitura das leis, e regras de fundo. De modo que uma lei ou um ato do Poder Executivo ou do Poder Judiciário pode ser contrário à Constituição, quer em razão de não ter sido regular o processo da feitura, quer porque infrinja, por seu conteúdo, preceitos insertos na Constituição. São os dois casos de inconstitucionalidade das leis e dos atos dos poderes públicos em geral: a inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material. Todavia, como a Constituição teve por fito devolver competências e, edictando a regra de direito material, deixou consigo a competência, é possível explicar-se a inconstitucionalidade material como caso particular da inconstitucionalidade formal, pois que, violando-se o texto constitucional material, também se violou a regra implícita, formal, da competência da Constituição mesma”(MIRANDA, 1947, p. 169-170).

Pode-se dizer que, se o exame formal preocupa-se com o “corpo”¹, o estudo material volta-se para a “alma” da Constituição.

Sílvio Nazareno Costa é Professor de Direito Constitucional e Introdução ao Direito; Mestre em Direito Público (Constitucional) pela UFRGS.

“La expresión ‘Constitución en sentido formal’ alude a la Constitución escrita, a textos que se diferencian de las restantes leyes por su nombre y, en su caso, porque su aprobación y reforma están sujetos a especiales requisitos. La expresión ‘Constitución en sentido material’ alude, en cambio, al conjunto de las normas cuyo objeto es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos; en pocas palabras: las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, no en el sentido indicado antes, sino en el de que la tienen por objeto”

explica Otto: (OTTO, 1987, p. 17).

“Chama-se Constituição em sentido *formal*” — ensina Jorge MIRANDA —, “porque se insiste no nome, imprime-se-lhe carácter, o nome arrasta uma ideologia e as normas materializam-se num documento solene. Chama-se Constituição em sentido formal ainda, porque é o texto jurídico que encerra intencionalmente os elementos do ordenamento político, da ordem constitucional. (...) Não se quer deixar em branco, ao arbítrio dos governantes ou à lei ordinária, qualquer aspecto que pareça mais delicado na regulamentação do poder político. Ao conceito de Constituição em sentido formal corresponde, assim, uma ideia *material*. Não se aclama apenas uma forma; a Constituição formal também não é neutra. Este conceito e esta ideia incidem de tal modo no acto constituinte que um conceito material de Constituição só o erguem os autores num momento posterior e tardio” (1996, p. 17) ².

Por seu turno, assim se manifesta CANTILHO: “Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normatum*) quer porque lhe é reconhecido um valor nor-

mativo hierarquicamente superior (superlegalidade material) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais”(1998, p. 784).

Um pouco diferente é o entendimento de Luiz Flávio GOMES, como se depreende da seguinte passagem, extraída do ponto em que examina as duas modalidades do controle judicial de constitucionalidade: “O controle de constitucionalidade das leis, dentro do atual Estado Constitucional e Democrático de Direito, possui dupla fundamentação: uma formal e outra substancial. Do ponto de vista *formal*, justifica-se tal controle para que fique assegurada a supremacia da Constituição”, isto é, todas as demais normas jurídicas devem adequar-se a ela. “No que diz respeito ao aspecto *substancial*, o controle de constitucionalidade das leis destina-se a assentar a prevalência dos direitos e garantias fundamentais das pessoas”(1997, p. 70).

Um enfoque material mostra-se ainda mais indispensável com relação às Constituições sucintas, como a norte-americana. Com apenas sete artigos e vinte e cinco emendas ou aditamentos (de 1787 até 1967), a Carta dos Estados Unidos³, uma das mais sucintas do mundo, aponta grandes princípios ou paradigmas, obrigando a que o exame de constitucionalidade busque mais a substância do que a forma do texto referencial.

α) Não se conclua, porém, que o exame material seja dispensado nas constituições normativas, que contêm grande especificidade em suas prescrições. Formalmente, esse tipo constitucional muito se assemelha à lei em geral, na medida em que, ao lado de largas ordenações programáticas, incorpora diversas normas de direitos individuais. Contudo, ainda que específicas, as normas sempre representarão uma filosofia, concretizarão um princípio ou indicarão uma vontade. Terão, pois, um alcance maior do que o logrado pela mera expressão formal de suas palavras.

Ademais, segundo uma visão material, pode-se dizer que determinada norma da

Constituição tenha natureza constitucional e que outra não o tenha. Tal classificação parte do pressuposto de que existe uma matéria peculiar à Constituição e que, portanto, será considerada constitucional, independentemente de sua situação topológica — estar ou não contida na Carta Política⁴, ou de sua condição formal — ser escrita ou não.

Nesse sentido o ensinamento de BACHOF:

“Também pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional; inversamente, nem todas as normas constitucionais formais são direito constitucional material com função integradora: antes numerosas normas constitucionais formais devem a sua recepção na ‘Constituição’ a simples considerações táticas, nomeadamente à intenção dos grupos políticos que foram determinantes do documento constitucional de subtraírem essas normas à possibilidade de alteração por uma futura maioria parlamentar”(1994, p. 40).

Não diverge o Mestre Pontes de MIRANDA: “É preciso ter-se sempre em vista que a regra não-escrita de direito constitucional corta a legislação ordinária que dela discrepe, como a cortaria a regra escrita de direito constitucional. O direito constitucional é unidade; e o fato de nêle haver normas escritas e normas não-escritas não lhe quebra a homogeneidade” (1947, p. 173).

Por outro lado, há matérias de natureza infraconstitucional, que, todavia, poderão ser formalmente constitucionalizadas, caso incorporadas ao texto fundamental.

β) Todo controle jurisdicional de constitucionalidade tem um *conteúdo político*⁵, conquanto represente, sempre, a interação entre órgãos de poderes estatais diversos.

FREUD sustenta que

“existe una esencia de lo político. Hay que entender con esto que, en cualquier colectividad política, sea cual sea y sin ninguna excepción, se pueden

encontrar constantes y realidades inmutables que forman parte de su propia naturaleza y hacen que ésta sea política.” (p. IX) “La sociedad es un hecho natural. No se trata de hacerla nacer o de construirla, sino de organizarla. (...) Está en la naturaleza del hombre vivir en sociedad y organizarla políticamente. Importa, pues, dar pleno significado a la frase de Aristóteles: ‘El hombre es un ser político, naturalmente hecho para vivir en sociedad’. Esto quiere decir: 1) que el hombre es un ser político por naturaleza (φυσεν); por consiguiente, lo político es esencia y no convención; 2) que un ser sin ciudad (δῆπολις) no es un hombre, sino, o bien un ser inferior, un animal, o bien un ser superior, un dios; y 3) que el estado político es específico, originario, que no proviene de un estado anterior, pues Aristóteles insiste sobre el hecho de que entre la función de rey o de magistrado y la de padre de familia o de maestro de esclavos, la diferencia no es de más o de menos, sino específica”(1968, p. IX, 23).

No presente estudo, o termo “política” será tomado como significando aquelas relações que — não necessariamente regradas por normas jurídicas, mas podendo sê-lo — se referem diretamente ao Estado ou a seus interesses. Parte-se do pressuposto de que as relações jurídicas, quando vistas dentro do grande contexto estatal, não são originárias, mas derivadas, decorrendo das relações políticas e sendo por elas formatadas. Estas últimas, por sua vez, decorrem das relações econômicas e delas recebem formatação. Assim, a seqüência pressuposta para as relações sociais dentro do Estado é a seguinte: econômicas—políticas—jurídicas. Se é derivada das relações políticas, nelas a ordem jurídica encontra parâmetros e limites. Decorre daí seu caráter predominantemente conservador. *Mutatis mutandis*, o mesmo vale para a relação entre as ordens política e econômica. Não se ignoram, porém,

as mútuas influências e a retroalimentação entre essas três esferas da infraestrutura estatal. Assim, se é verdade que o sistema político engendra o sistema jurídico, também não é menos verdadeiro que, em muitos aspectos, a ordem jurídica influencia e parametriza a política, determinando-a secundariamente. Como se vê, conforme essa concepção, o ato jurisdicional tem também natureza política, já que é do maior interesse do Estado dar solução às lides nascidas na sociedade. Se o Estado veda a autotutela e a autocomposição (e o faz, como se sabe, com poucas exceções), assume a obrigação de dirimir ele mesmo os problemas cuja solução afasta da esfera de iniciativa privada das partes interessadas. É, pois, ato político a aplicação estatal da ordem jurídica. Essa conclusão caracteriza a natureza também política do Judiciário — natureza essa muitas vezes refutada por alguns integrantes desse Poder, que, com isso, assumem uma posição subalterna e meramente acessória no cenário estatal. Quando declara a incongruência de um ato normativo qualquer perante a Constituição (=inconstitucionalidade), o Judiciário está velando pela prevalência da vontade política do constituinte. Do ponto de vista formal, trata-se de aplicar a vontade expressa, a regra de forma ou de competência. Sob o aspecto material, desta feita, o caso é fazer valer o conteúdo, a vontade política última que o Judiciário supõe ser a do Legislador. Em nenhuma dessas hipóteses trata-se, por conseguinte, da prevalência de uma “vontade jurídica”, ou da vontade autônoma do Judiciário. Por isso, não se há de falar em “governo dos Juízes”, referindo-se à possibilidade do controle de constitucionalidade.

Jurídica é apenas a forma solene da vontade política. Vê-se, portanto, que o Judiciário funciona mais (embora não somente) como mecanismo retransmissor de uma vontade política originária do que como um órgão diretor. Não obstante, a força e a autonomia políticas do Judiciário crescem nos Estados constitucionais democráticos de

Direito (o Juiz como “law-making”). Daí falar-se que o Legislativo e o Executivo exercem uma competência condutora da sociedade, enquanto as atribuições do Judiciário desenvolvem-se predominantemente como garantidoras de direitos reconhecidos pela ordem política propriamente dita. A pretendida tecnicidade (=neutralidade) do Judiciário não passa de uma opção política conscientemente adotada. Na verdade, a tecnicidade judiciária não pode fazer concluir-se pela neutralidade desse Poder, pois até mesmo a aplicação mecânica de uma regra implica uma opção política: a opção pelo não-questionamento do conteúdo material dessa regra, pela adoção irrestrita de seus termos e pela conseqüente subserviência a seu formulador. Nesse sentido, afasta-se, pois, a neutralidade do Judiciário. Jurídicas são as formas normativas, políticos seus conteúdos, sua aplicação e seus aplicadores.

Ainda quando realizado com efeitos apenas processuais, o controle de constitucionalidade não perde sua natureza política⁶. Também ao realizar a fiscalização balizada apenas por parâmetros formais, o Judiciário está interferindo sobre a função do Legislativo e, por conseguinte, atuando politicamente. Mesmo o fato de estar expressamente autorizado a tanto não desqualificará a natureza dessa atuação, pois tal natureza não decorre de sua eventual contrariedade ou aceitação.

O controle material de constitucionalidade normativa, porém, mostra-se mais delicado, devido a seu alto grau de politização (BONAVIDES, 1999, p. 269-270), vale dizer devido ao grande interesse estatal implicado e ao intenso contato que proporciona entre o Judiciário e o Poder do qual emanou a norma fiscalizada. A normatização infraconstitucional deve obediência não apenas aos preceitos constitucionais expressos, mas também a seus preceitos implícitos, sob pena de invalidade (MIRANDA, 1947, p. 170). E não somente a normas constitucionais, senão que também a postulados fundamentais de natureza suprapositiva.

“A ordem constitucional global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas. Não estando aqui em causa o problema da validade material da ordem jurídica (=legitimidade material), mas apenas o de saber quais as normas e princípios a que os órgãos de controlo podem apelar para aquilatar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos actos normativos, a resposta, em tese geral, é dada pela própria Constituição: só são inconstitucionais as normas que infringem as **NORMAS E PRINCÍPIOS CONSIGNADOS NA CONSTITUIÇÃO** (cfr. arts. 3º/3 e 277º/1). Mas o que deve entender-se por **PRINCÍPIOS CONSIGNADOS** na constituição? Apenas os princípios constitucionais escritos ou também os princípios constitucionais não escritos? A resposta mais aceitável, dentro da perspectiva principialista subjacente ao presente curso, é a de que a consideração de princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do *bloco da constitucionalidade* só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma **DENSIFICAÇÃO OU REVELAÇÃO ESPECÍFICA** de princípios constitucionais positivamente plasmados” [itálico nosso] (CANOTILHO, 1998, p. 812)⁷.

Acrescenta CARRION:

“Geralmente, quando falamos em controlo da constitucionalidade, reportamo-nos aos preceitos da Constituição, o parâmetro para o controlo da constitucionalidade sendo as normas incorporadas no texto constitucional. A noção de *bloco de constitucionalidade* procura ir mais além do texto constitucional. Fariam parte do bloco de constitucionalidade, além do texto

constitucional e suas respectivas emendas, inúmeros outros preceitos jurídicos. Então, o controlo de legalidade constitucional não teria como parâmetro único simplesmente o texto constitucional. Entretanto, essa afirmação tornar-se-ia temerária se ela não tivesse substrato no próprio texto constitucional. (...) A noção de *bloco de constitucionalidade* tem de encontrar respaldo na própria Constituição e seguramente existe a perspectiva do bloco de constitucionalidade na Constituição de 1988. (...) Exatamente, o raciocínio referente à noção de *bloco de constitucionalidade* articula o § 2º do art. 5º da Constituição com o inc. IV do § 4º do seu art. 60, inexistente nas Constituições anteriores. (...) O § 1º do art. 102 da Constituição subsidia a exegese do § 2º de seu art. 5º” [grifo nosso] (2000, p. 24-25).

Compreende-se no bloco de constitucionalidade a idéia de Justiça, à qual mesmo o legislador constituinte deve sentir-se vinculado.

“O Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito ‘suprapositivo’, obrigando também o legislador constituinte (...) Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça”. (...) “A incorporação de direito supralegal na Constituição tem apenas — doutro modo já esse direito não seria supralegal — significado declaratório e não constitutivo” (BACHOFF, 1994, p. 3, 45).

§ 2º - *Materialmente, a proposta de criação de súmulas com efeito vinculante, como apresentada, mostra-se inconstitucional, contrariando o sistema político engendrado pelo Estado Constitucional de Direito.*

O comentário de Castanheira NEVES acerca dos Assentos no Direito português é

em tudo pertinente e aplicável ao tema aqui abordado:

“Ao ser chamada a função jurisdicional, através dos assentos, ao exercício da função legislativa, é desse modo aquela função investida num estatuto que está em contradição com o sentido (intencional e funcional) que lhe deverá corresponder no sistema político do Estado-de-Direito social dos nossos dias — o sistema político que a Constituição materialmente pressupõe e assimila enquanto afirma o nosso Estado como um ‘Estado de Direito Democrático’, pois este Estado por aquele sistema em último termo se determina. E por isso os assentos são, nessa mesma medida, *materialmente inconstitucionais*” [grifo nosso] (1983, p. 618-619).

Como os assentos (Ver COSTA, 2002, p. 181), no Direito Português, equivalem a uma metamorfose jurídica, que transforma em legislativo o ato jurisdicional praticado por autoridades sem competência legiferante.

Com base no sistema lusitano, CANOTILHO explicita o princípio básico sobre a produção jurídica: nenhuma fonte pode criar outras fontes com eficácia igual ou superior à dela própria. E estabelece seus corolários: 1) nenhuma fonte pode atribuir a outra um valor de que ela própria não dispõe; 2) nenhuma fonte pode atribuir a outra um valor idêntico ao seu; 3) nenhuma fonte pode majorar ou minorar o seu próprio valor jurídico. “Em termos práticos, este princípio justificou a inconstitucionalidade dos assentos, que outra coisa não eram senão a transmutação autorizada por lei de um acto de jurisdição em acto de legislação praticado por autoridades sem competência legislativa” (1998, p. 613). O fato de os assentos lusitanos terem sido criados por lei, enquanto as súmulas vinculantes brasileiras estão sendo propostas via emenda constitucional, não invalida a similitude. Em ambos os casos ocorre inconstitucionalidade material, por incompatibilidade com a substância de

dispositivos ou princípios constitucionais, não importando o meio jurídico adotado.

α) Em sua essência, *o poder vinculante confere às súmulas efeitos gerais próprios de lei. Ademais, restringe a independência jurisdicional das instâncias inferiores*, manietando o desenvolvimento da jurisprudência e estimulando o *seguidismo judiciário*. Trata-se, pois, de um mecanismo que, simultaneamente, funciona como compartilhamento⁸ da função legislativa pelo órgão judiciário e como *constrangedor jurisprudencial* (cf. COSTA, 2002, p. 119-121). Por conseguinte, *ferre os princípios da separação das funções do Estado e da independência judicial*.

b) Princípio da separação das funções

Como já se dissemos noutra oportunidade, o princípio que estabelece a separação funcional do poder do Estado não é absoluto (cf. COSTA, 2002, p. 274-280). Castanheira Neves lembra lição de outro mestre português, Antunes Varela, segundo o qual o excepcional exercício da função legislativa pelo Judiciário não fere o princípio da separação dos poderes, uma vez que “não existe uma divisão rígida entre as atribuições reais dos diversos órgãos de soberania, correspondente aos termos ideais, teóricos, da clássica divisão dos poderes, tal como o famoso livro de Montesquieu a concebeu” (apud NEVES, 1994, p. 116). Resguarda-se, porém, necessariamente a separação num sentido nuclear, reconhecendo a existência de esferas incompartilháveis de funções. São as funções próprias de cada poder estatal. Castanheira NEVES explica que o princípio da separação absoluta, como uma das dimensões estruturantes do Estado de Direito, evoluiu para o reconhecimento de uma coordenação e repartição complementar de funções. “Nem por isso deveremos deixar de reconhecer um núcleo não superado do princípio justamente na distinção, ou na não confusão, entre os poderes políticos *stricto sensu* (nos quais se inclui decerto o poder legislativo) e o poder judicial definido essencialmente pela função jurisdicional” (1994, p.

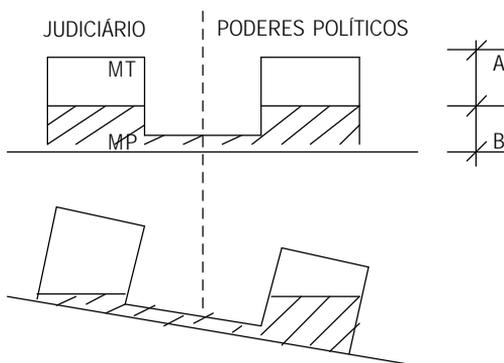
118)⁹. Esse ponto de vista pressupõe o reconhecimento de duas áreas do Poder estatal, que não se confundem: uma política e outra judicial (cf. COSTA, 2002, p. 281, et seq.). Pressupõe também que as funções legislativa e executiva são propriamente políticas, e que a função judiciária não compartilha essa natureza política, realizando-se no campo predominantemente técnico-judicial. “No tocante ao posicionamento do Judiciário como poder político do Estado, o que se espera, no Brasil, é a manutenção das mesmas regras e princípios hoje existentes, que igualam ou até mesmo superam em conquistas as já obtidas por outros importantes Estados democráticos de direito”(RIBEIRO, 2000, p. 15).

Conquanto concorde-se com a essência dessa teoria, deve-se ressaltar a necessidade de uma maior precisão para o significado da palavra “política”. Como já observado em nota ao § 1º, β, *supra*, trata-se de expressão que pode adquirir sentidos diversos.

β1) Ontologicamente, o Poder do Estado tem natureza política. Por conseguinte, toda e qualquer divisão estrutural-funcional desse Poder terá também essa mesma natureza, já que a parte assemelha-se ao todo. Conclui-se daí que, enquanto manifestações do Poder (político) do Estado, as funções legislativa, executiva e judiciária são funções também políticas. Ocorre que a organização estrutural do Estado conferiu às duas primeiras uma carga bem maior de politização do que a reconhecida à última. A esta atribuiu um caráter acentuadamente técnico (derivado, não-autônomo), enquanto naquelas fez prevalecer um caráter político (originário, autônomo). “A jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o Direito pelo legislador, enquanto, por seu turno, a atividade do legislador visa, precisa e especialmente, estabelecer tais quadros. Daí que o alcance do Direito jurisprudencial é limitado (...)” (STRECK, 1995, p. 253).

Suponhamos um sistema de vasos comunicantes, preenchidos por matérias líqui-

das em duas camadas imiscíveis (como o exemplificado abaixo).



MT: matéria técnica.
MP: matéria política.

Uma das camadas representa a matéria técnica (MT), outra, a matéria política (MP). O sistema é composto de dois vasos com mesmas dimensões, um representando o campo propriamente político do Estado, composto pelas duas funções assim classificadas: a legislativa e a executiva. No outro vaso, a função judicial. Sobre um plano horizontal, as superfícies e os volumes dos líquidos se equivalem (princípio da isonomia; as alturas A e B se igualam). Trata-se de uma situação ideal ou teórica. Na prática dos Estados, a realidade impõe um desequilíbrio na distribuição da matéria política, correspondendo a uma maior ou menor inclinação do plano de apoio dos vasos comunicantes, e, conseqüentemente, a um deslocamento do líquido de um vaso para outro. Com isso, aumenta a concentração líquida num vaso, na proporção em que ela diminui no outro. Compartilhando uma mesma essência ontológica (a matéria líquida de natureza pública), contêm-na em dosagens diversas, porém. De um lado (nas funções legislativa e executiva), concentra-se mais substância política; de outro (na função judiciária), menos. Trata-se, pois, de um problema de volume ou densidade política, e não propriamente de existência ou inexistência dessa substância. O volume total de

funções de um Poder é heterogêneo, implicando o somatório dos volumes de atividades técnicas e de atividades políticas. Assim, nenhum poder é apenas técnico, nem apenas político. Por sua natureza predominante (=maior densidade), dizem-se propriamente políticas (ou políticas *stricto sensu*) as funções legislativa e executiva. Em contrapartida, o aspecto técnico dessas funções é menos relevante, embora exista. À função judiciária, por outro lado, denomina-se técnica ou judicial, por apresentar características políticas sublimadas (=menor densidade). Sobreleva-se, contudo, seu aspecto técnico. Todas são, entretanto, funções políticas *lato sensu*, já que funções estatais.

β2) A *súmula com força vinculante é lei material* (COSTA, 2002, p. 116). Tem efeitos *erga omnes*, conquanto não decorra do processo legislativo constitucional. Sob certos aspectos, tem mesmo mais força que lei. Basta observar que, segundo jurisprudência até agora vencedora no STF¹⁰, *não estão as súmulas submetidas ao controle de constitucionalidade*¹¹. Embora o tema seja controverso também na Corte Suprema, a maioria daquele tribunal entende que seus enunciados não podem ser declarados inconstitucionais, mesmo que o sejam. Ressalte-se a oposição do Min. Marco Aurélio, que admite a possibilidade jurídica desse controle. Assim, se supusermos uma súmula infringente ao texto constitucional — estabelecendo uma determinada vantagem funcional em decorrência de parentesco, por exemplo, e ferindo, assim, o princípio da igualdade —, esta permanecerá surtindo efeitos enquanto o tribunal prolator desejar, como se para esse órgão a Constituição não tivesse qualquer eficácia. Enquanto tratar-se apenas de súmula sem força vinculativa, o problema será menor. Segundo o modelo jurídico hoje em vigor, as súmulas não teriam força vinculativa. Na verdade, porém, já existem pelo menos três situações positivadas em nosso Direito nas quais exercem força vinculante: 1ª) Os arts. 22, § 1º, e 56, par. único, do RISTF autorizam o Ministro Relator a arquivar ou negar

seguimento a recurso que contrarie súmula; 2ª) Previsão de igual conteúdo encontra-se na LOMAN, art. 90, §2º, que prevê que o Relator mandará arquivar ou negará provimento a recurso que contrarie súmula do STF; 3ª) Também não caberão embargos de recurso que, embora contrarie súmula, tenha sido admitido (RISTF, art. 309, § 3º) (PINTO, 1985, p. 226). Considerada sua não-vinculatividade, tem-se que os efeitos do enunciado inconstitucional se restringem apenas aos limites da autoridade moral do tribunal em questão, ou, por outra, limitam-se ao terreno de submissão espontânea dos Juízos inferiores.

A respeito, assim se expressa STRECK (1995): “Na prática, porém, as Súmulas passaram a ter valor superior às próprias leis (...) (p. 251). Claro que a autoridade dos julgados de instâncias superiores sempre exerceram e exercem influência nos julgamentos das instâncias inferiores (p. 252). (...) Toda edição de Súmula corresponde à formação de um arbitrário juridicamente prevalente (p. 261).” As súmulas, explica ainda o mesmo autor, possuem um poder de controlabilidade difusa do discurso jurisprudencial, sendo “típicas manifestações de discursos monológicos (p. 267)”.

Sobre o tema, também se manifestou o Min. Sepúlveda Pertence, enquanto Presidente do STF:

“Um dos argumentos que ouço contra a súmula vinculante, repetido pelo representante da OAB, na última reunião, é quanto à suposta ineficácia da súmula vinculante. Eles alegam que já existe um *stare decisis fático* hoje, uma vez que a grande maioria dos juízes de primeira instância segue as súmulas do Supremo, até por uma questão de comodismo. Diz ele que os juízes que dissentem das súmulas são poucos, alguns até por vaidade, para mostrar erudição. (...) A maioria dos juízes observa a súmula, ou mesmo a jurisprudência notória do Supremo Tribunal. É verdade.”

E, defendendo a formalização do efeito vin-

culante, completa: “Mas é preciso confiar que, uma vez que haja uma norma constitucional dando esse efeito, a observância, coeficiente de observância da jurisprudência crescerá”¹². Ou, ainda, às hipóteses de “acolhimento racional”, freqüentemente adotado em razão da certeza de reforma ulterior da sentença em sede recursal¹³.

“Formalmente, as Súmulas não vinculam, senão o STF e TFR” [e demais órgãos prolores, acrescente-se]. (...) Seus efeitos, contudo,

“exercem influência direta no conteúdo das decisões; de fato, a influência da Súmula vai dos Tribunais locais até à atitude dos advogados, procuradores, promotores, etc. ... Apesar disso, muitos autores, sem fazer essa distinção que nos parece básica, insistem em travar polêmicas sobre a obrigatoriedade, ou não, da Súmula, sem precisar de que ponto de vista estão focalizando a questão e a que tipo de obrigatoriedade estão aludindo” (PINTO, 1985, p. 227)¹⁴.

Devemos lembrar que “*é grande o prestígio das decisões dos tribunais, que costumam ser acompanhadas pelas instâncias inferiores, seja pela sua natural autoridade — sobretudo quando reiteradas —, seja porque todas as decisões das instâncias inferiores são reformáveis, mediante recurso, pelas superiores*” (CUNHA, 1996, p. 6).

Jorge MIRANDA também reconhece a vinculação oficiosa dos assentos, equivalente português da súmula brasileira: “Em qualquer país, as decisões do Supremo Tribunal atingem uma muito maior receptividade que as dos outros tribunais e mesmo num país, como o nosso, em que não criam precedentes e os tribunais não estão vinculados estritamente a perfilhá-las, elas são, de facto, invocadas e respeitadas” (1996, p. 203)¹⁵.

Tratando-se, contudo, de súmula vinculante, a inconstitucionalidade terá seus efeitos grandemente ampliados, como se lei fosse. Proteger-se esse ato da fiscalização constitucional seria conferir-lhe hierarquia (ou privilégio) superior ao gozado até mesmo pelo ato legislativo próprio.

β3) A propósito, convém lembrar que, segundo classificação sugerida por doutrina atual¹⁶, as súmulas são enquadradas em quatro tipos: 1) *súmulas tautológicas* — que dizem exatamente o que diz a lei ou apresentam afirmação óbvia¹⁷; 2) *súmulas intra legem* — que firmam uma interpretação compatível com o texto legal¹⁸; 3) *súmulas extra legem* — que têm por escopo restringir as possibilidades recursais¹⁹; e 4) *súmulas inconstitucionais ou contra legem* — que firmam interpretação flagrantemente incompatível com a Constituição ou com o texto legal²⁰.

Destarte, a atribuição de função legislativa (política) ao Judiciário (poder técnico-judicial) implica *inconstitucionalidade por infração ao núcleo remanescente do princípio da separação dos Poderes do Estado*.

c) Princípio da independência judicial

Desde logo, convém frisarem-se algumas diferenças conceituais necessárias a uma adequada abordagem desse tema.

Não é raro encontrarem-se, na doutrina e na jurisprudência, os termos “independência”, “autonomia”, “autogoverno”, “imparcialidade” e “neutralidade” com pouca diferenciação ou mesmo como sinônimos. A sinonímia, porém, não ocorre, e o uso indiferenciado desses vocábulos pode dificultar o desenvolvimento e a compreensão das análises acerca desses princípios.

Em comum, apresentam a natureza jurídica: são princípios e, por conseguinte, têm aplicação graduada e não absoluta.

Esclareça-se, desde logo, que princípios e regras são espécies do gênero “normas”. Talvez a principal peculiaridade diferenciadora entre os princípios e as regras seja o fato de os princípios — como idéias diretrizes ou pensamentos jurídicos generalizados — serem normas jurídicas de aplicação gradual, admitindo realizações dosadas, ao passo que as regras — formulações jurídicas específicas — caracterizam-se por serem de aplicação absoluta (“tudo ou nada”, como diz Dworkin). Assim, o princípio da independência judicial pode realizar-se em

várias normas e diversos graus. Modos e intensidades diferentes de realização do princípio são possíveis — e mesmo necessários. As possíveis graduações da aplicação de um princípio não se excluem umas às outras. Ao contrário: convivem em plena compatibilidade. Já uma regra — como a que determina a incidência de uma determinada alíquota de imposto — não é graduada. Trata-se de um pensamento jurídico específico e determinado. A regra fiscal acima referida tem duas posições jurídicas apenas: ativa e inativa. Não há meios termos. Por essa razão, a regra incidirá totalmente, ou não incidirá, não se admitindo incidências com intensidade intermediária. É tudo ou nada. Aplicando-se a regra, têm-se dois resultados absolutos e mutuamente excludentes: incidência ou não-incidência. Didático estudo acerca dessa matéria é feito por Genaro Carrió, em seu pequeno livro “*Principios jurídicos y positivismo jurídico*” (1970).

Frise-se, por fim: as regras (sua formulação e sua interpretação) subordinam-se aos princípios, pois são destes concretizações possíveis. A esse respeito, assim ensina Esser (1961), referindo-se à atividade judicial:

“¿Han sido realmente necesarias las conmociones de la última guerra y posguerra, para que la jurisprudencia se diera cuenta de que los ‘meros conceptos jurídicos’ y el ‘sistema’ positivo no están en situación de suministrar ningún criterio de valor aplicable a tareas no conocidas, o no reconocidas hasta ahora? Ningún juriconsulto experimentado ha dejado de ver nunca que la ‘armadura lógica de la ley sólo conduce hasta el punto ... en que surgen las cuestiones de valor decisivas’, para las cuales ‘la ponderación de los intereses no es ninguna varilla mágica’, si faltan los principios a que esta ponderación debe subordinarse”.

Alexy, por seu turno, define os princípios como “mandamentos de otimização”. Para ele,

“los *principios* ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. (...) Los principios representan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. (...) Totalmente distinto es el caso de las *reglas*. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. (...) Por ello, podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas lo mismo carácter definitivo. Un modelo tal se percibe en Dworkin cuando dice que las reglas, cuando valen, son aplicables de una manera del *todo-o-nada*, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión” (1997, p. 99).

c1) Autonomia e autogoverno são conceitos que se interpenetram. Autonomia é a capacidade de se autogovernar. Autogoverno, pois, é o exercício da autonomia. Diz-se que o Judiciário é autônomo²¹ e que, portanto, se governa, não que um determinado Juiz o é. Trata-se de conceitos institucionais ou corporativos, e não pessoais. ZAFFARONI classifica a “independência judicial” como gênero, do qual são espécies a “independência da magistratura” (aqui denominada “autonomia”) e “independência do Juiz” (mesma denominação aqui utilizada) (1995, p. 87). Trata-se de diferenciação meramente retórica, mas será mantida neste trabalho a denominação “autonomia” para acentuar a diferença entre o princípio aplicável à instituição como um corpo (manifestação predominantemente administrativa) e o princípio referente a cada um de seus integrantes individualmente (manifestação predominantemente político-jurídica)²².

c2) *Imparcialidade e neutralidade*, por outro lado, são conceitos de natureza pessoal e institucional, podendo referir-se ao Juiz ou à instituição do Judiciário.

Imparcialidade é a qualidade decorrente do fato de seu sujeito não participar de uma determinada relação. Diz-se que o Juiz — como também o Judiciário — deve ser imparcial, significando isso que o Magistrado — ou a instituição — não pode compartilhar, direta ou indiretamente, os interesses envolvidos na lide que lhe está sendo submetida a julgamento²³. Deve ocupar a posição de um estranho ao caso, postando-se, assim, fora dele e equidistante das partes envolvidas²⁴. Se algum interesse pessoal tivesse na questão *sub judice*, sua decisão poderia dar-se em causa própria e comprometer a Justiça concreta.

“A concepção da administração da justiça como uma instância política foi inicialmente propugnada pelos cientistas políticos que viram nos tribunais um subsistema do sistema político global, partilhando com este a característica de processarem uma série de *inputs* externos constituídos por estímulos, pressões, exigências sociais e políticas e de, através de mecanismos de conversão, produzirem *outputs* (as decisões) portadoras elas próprias de um impacto social e político nos restantes subsistemas. Uma tal concepção dos tribunais teve duas conseqüências muito importantes. Por um lado, colocou os juízes no centro do campo analítico. (...) A segunda conseqüência consistiu em desmentir por completo a ideia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes”(SANTOS, 1999, p. 172-173).

Por seu turno, *neutralidade* é a qualidade daquele Juiz que não toma partido, seja em nome de interesses pessoais ou de terceiros,

e que julga apenas segundo as normas objetivas do Direito positivado.

“O ‘juiz eunuco político’ de Griffith é realmente uma ficção absurda, uma imagem inconcebível, uma impossibilidade antropológica. (...) O juiz não pode ser alguém ‘neutro’, porque não existe a neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e menos ainda de um juiz. Como bem se tem assinalado, ‘nem a imparcialidade nem a independência pressupõem necessariamente a neutralidade. Os juízes são parte do sistema de autoridade dentro do Estado e como tais não podem evitar de serem parte do processo de decisão política. O que importa é saber sobre quê bases são tomadas essas decisões (p. 92) (...) Pode-se dizer não ser possível ‘politizar’ um exercício de poder público que é essencialmente político, mas, sim, será possível ‘partidali-zá-lo’ ou, o que dá no mesmo, ‘parcializá-lo’, com o que se lhe subtrai a jurisdição, porque se lhe priva do pressuposto da imparcialidade” (p. 95)²⁵.

Em virtude de meramente aplicar direito objetivo supostamente neutro, o Juiz seria também neutro. Sobre as pretendidas neutralidades do Direito e do Juiz, contudo, veja-se o lúcido trabalho do Professor Rui PORTANOVA: “Motivações Ideológicas da Sentença”. Em especial, parece oportuno transcreverem-se as seguintes passagens:

“Também na idéia de justiça não há neutralidade. Já Trasímaco sustentava que o ‘justo outra coisa não é senão o interesse do mais forte’. Logo, a idéia de justiça é ideológica, pois traduz os interesses dos grupos detentores do poder e é utilizada para manutenção dessa relação de poder. (...) *O Direito não é neutro*. Como diz Luiz Fernando Coelho, nem Kelsen foi neutro. Pelo contrário, sua Teoria Pura é o mais seguro indicador de uma ideo-

logia. Tal ideologia no aspecto externo atende ao interesse de justificar o afastamento dos juristas da problemática social. Assim serviu aos donos do poder: quanto menos se questionasse o aspecto ético do exercício do poder, melhor. (...) Michel Villey, citado por Plauto Faraco de Azevedo, chama a atenção para a circunstância preocupante de que a poucos juristas importa saber a quem servem, limitando-se a obedecer. (...) Por isso, o Direito é parcial, pois traduz vontade política e encerra determinada dimensão valorativa” [grifo nosso] (PORTANOVA, 1997, p. 64-65).

Colocado na relação processual, não a perturbaria com sua presença, não a alteraria, embora a intermediando²⁶. *A ocorrência de interesses fere a neutralidade*. Nesse passo, sendo o Juiz órgão integrante do Estado e, por isso, com ele comprometido, pode-se dele esperar neutralidade ou imparcialidade quando lhe é submetida ação versando interesse estatal, principalmente se lembrarmos que aplicará norma jurídica criada pelo próprio Estado? Pondere-se a seguinte manifestação de Eros GRAU (1996, p. 106): “A neutralidade política do intérprete só existe nos livros, nos discursos jurídicos. (...) Todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas” [grifo nosso]. Também OLIVEIRA: “(...) durante séculos o direito privado foi o único direito do continente europeu. As jurisdições instituídas ou reconhecidas pelo Estado só podiam desempenhar suas funções na esfera do direito privado. Se a Administração figurasse como parte do litígio, todo o sistema ver-se-ia falseado, tanto no plano da teoria quanto da prática. Na teoria, porque interesse público e interesse particular encontravam-se em planos distintos, não podendo ser medidos com o mesmo padrão; na prática, em virtude de *constituir sério problema a possibilidade de os juízes proferirem suas decisões de modo imparcial e*

independente num litígio em que contendam Estado e particular” (1997, p. 90).

Se o interesse resumir-se à relação processual em questão, trata-se de parcialidade. Se for mais amplo do que as relações imediatamente envolvidas no processo (de cunho ideológico), o conceito envolvido será o da neutralidade.

A respeito do tema, veja-se pertinente a lição da doutrina estadunidense:

“A distinção entre ‘estrutura política’ e ‘administração’ é apenas relativa. Não podemos supor que um servidor público — um juiz, um general ou um policial — seja inteiramente ‘neuro’ nos seus interesses e objetivos. Ele terá mais de um ponto de vista sobre o que é bom para a sociedade, além dos usuais motivos como ambição e interesses próprios. O modo como ele usa seu poder para concretizar as políticas do seu governo, seus propósitos — amplos ou restritos, ortodoxos ou heréticos —, influenciará suas ações. Poder e interesse expressam-se em todos os estágios do processo de decisão”²⁷.

Mesmo uma parte interessada, porém, poderia manter-se propositalmente neutra ou imparcial em relação a um determinado caso (*neutralidade induzida*), pois a condição de partícipe não é suficiente para fazer-se concluir pela efetiva tomada de posição. *A neutralidade, portanto, é versão mais ampla da imparcialidade*. Ou, o que é o mesmo, *a imparcialidade é caso particular de neutralidade*. Trata-se de conceitos correlatos, mas que apresentam sutis peculiaridades ontológicas e diferentes amplitudes de efeitos.

O conceito é igualmente aplicável à instituição, já que também o Judiciário é titular de interesses objetivos — relações de poder — que podem esgotar-se no resultado de um processo determinado (o estabelecimento de um patamar de vencimentos para a Magistratura, por exemplo) ou referir-se a relações que vão além das fronteiras processuais imediatas (a comprovação de uma política

ou de uma postura ideológica de governo, p. ex.). Por hipótese, suponha-se que o Judiciário — através de um Juiz ou de um colegiado — agilize ou retarde o processamento de uma determinada causa, ou que fundamente sua decisão no fato de que, de outra forma, restaria inviabilizada a governabilidade, prejudicado determinado projeto de governo, orientação política ou comprometida a segurança nacional.

No que se refere à *governabilidade*, por exemplo, são conhecidas situações em que o Judiciário, agindo em nome do interesse público, confere atenção procedimental diferenciada a determinadas causas (créditos fiscais vultosos, julgamentos de grande repercussão junto à opinião pública, etc.). O julgamento do recurso extraordinário em ação versando a correção monetária de saldos das contas do FGTS, referente a índices legalmente expurgados desse cálculo pelos planos econômicos conhecidos como “Verão”, “Bresser”, “Collor”, “Collor I” e “Collor II”, pode representar uma situação dessa espécie. Em todo o país, estima-se em cerca de 120 milhões o número dessas contas e em 600 mil o de ações individuais a respeito do tema em trâmite na Justiça. Caso fosse deferido *in totum* o recurso, a repercussão jurisprudencial poderia levar a condenações em torno de R\$ 60 bilhões, refletindo-se profundamente na estabilidade financeira do país. Após pedido de vista, em meados de agosto, o julgamento prosseguiu em 31/8/2000, resultando em deferimento parcial. Com efeitos apenas sobre os processos individuais *sub judice*, o Supremo reconheceu o direito às correções relativas aos Planos “Verão” (39,17%) e “Collor I” (44,80%). A repercussão potencial estimada para essa decisão é de R\$ 38,86 bilhões. Não foram acolhidos os pedidos de correções devidas aos Planos “Bresser”, “Collor” e “Collor II” (total de 23,08%). O Executivo parece ter ficado satisfeito, ao menos em parte, com essa decisão, talvez em virtude de ter-se tratado de deferimento apenas parcial dos pedidos. Imediatamente após a deliberação do Supre-

mo, o então Advogado-Geral da União, hoje Ministro do STF, Gilmar Mendes, anunciou na imprensa, sem dar detalhes, que entraria com ação no STF para conferir *efeito vinculante* ao acórdão.

Em novembro/2000, a imprensa nacional divulgou notícia comentando a repercussão que poderia ter eventual decisão do STF que declarasse a inconstitucionalidade da MPro 2.207-43, que reduziu de 12% para 6% os juros compensatórios e limitou em R\$150 mil o valor dos honorários advocatícios em desapropriações de terras, notadamente para fins de reforma agrária. O então Ministro do Desenvolvimento Agrário observou que, se tal ocorresse, restaria seriamente comprometido o plano federal de reforma agrária, acarretando um “prejuízo” para o Governo da ordem de R\$ 1,2 bilhão, com pagamentos de precatórios, inclusive com efeito retroativo. Dentro do contexto aqui comentado, não parecerá decerto surpreendente que, no dia 25.10.2000, referido Ministro tenha-se reunido com o Presidente do STF, Min. Carlos Velloso, antes da decisão do Tribunal, para discutir os efeitos da ADIn sobre os planos de Governo (informação divulgada pelo Jornal O Estado de São Paulo, 26.10.00). Não se quer, aqui, cogitar de uma inidônea manipulação da decisão do Supremo. Trata-se, isso sim, de registrar a manifestação de uma co-preocupação do Judiciário com os interesses do Estado e, em especial, com os reflexos de suas decisões sobre as ações de Governo. A ausência dessa preocupação seria certamente criticável e desestabilizadora.

Outra situação envolvendo procedimentos diferenciados é vivida rotineiramente em todas as Varas Federais especializadas em execuções fiscais em que haja um grande número de processos em tramitação. Em Porto Alegre, por exemplo, há presentemente três varas com essa especialização. Em cada uma tramitam cerca de 25 mil processos versando créditos da União ou de suas autarquias. São, pois, aproximadamente 75 mil execuções fiscais tramitando. Nem a es-

estrutura judiciária federal, nem a jurídica da União estão preparadas para tal demanda. O resultado dessa defasagem é a lentidão no ajuizamento e também processamento desses feitos.

O CPC estabelece que a inércia demasiada da parte interessada implica a extinção do feito, sem julgamento de seu mérito (CPC, art. 267, III). Em princípio, essa norma objetiva dirige-se ao processo de conhecimento, mas é aplicada analogicamente no Executivo. Nela, fica estabelecido que, se o autor abandonar a causa por mais de 30 dias, sem promover sua movimentação, o Juiz declarará extinto o processo. O fundamento ontológico da extinção é o desinteresse, evidenciado pela inércia. Deve-se registrar que, na prática, essa norma não encontra absoluta e homogênea aplicação em nenhuma instância ou foro judicial, dados os profundos problemas enfrentados pela própria estrutura do Judiciário para realizar um regular acompanhamento processual. Ademais, o *princípio da razoabilidade* tem sempre informado as decisões judiciais nesses casos.

Ocorre que, nas execuções fiscais, a situação é particularmente preocupante. A estrutura jurídica montada pela União para promover tais feitos é débil. Nas referidas Varas de Porto Alegre, por exemplo, há apenas dois procuradores de uma autarquia federal para acompanhar cerca de 10 mil processos de seu interesse. Em virtude disso, os autos já chegaram a aguardar por oito meses em secretaria para se realizarem as intimações pessoais. Hoje, contudo, essa demora já pôde ser reduzida para algo em torno de quatro a seis meses, o que, de qualquer sorte, ainda é um prazo excessivamente dilatado. Por outro lado, quando em carga, muitas vezes os autos só são devolvidos depois de vários meses, considerando-se o invencível acúmulo de trabalho que representam.

Para justificar um atraso muito superior ao objetivamente permitido pela regras de processo, os procuradores dessa autarquia já se valeram, com sucesso, da sua própria falta de estrutura. “O exequente dispõe de

dois procuradores, dois advogados contratados e dois estagiários para atender a, aproximadamente, dez mil processos que tramitam nessa Vara”, disse a autarquia numa petição em que requeria reabertura de prazos de vista, largamente desatendidos. Tendo sido intimada a devolvê-los, justificou a demora, esclarecendo que seus procuradores tinham também outras incumbências, de cunho administrativo. “Assim, face à excessiva carga de trabalho, é humanamente impossível atenderem de forma célere todos os feitos que tramitam nesse Juízo. Diante do exposto, em atenção à determinação judicial, estamos devolvendo os autos, requerendo seja concedida nova carga dos mesmos.”

Quando o Juiz acolhe tais explicações — e sempre que o faz aplica o princípio da razoabilidade e age em função dos relevantes interesses públicos envolvidos —, reabrindo prazos perdidos e deixando de aplicar a regra extintiva, parece prestar uma certa solidariedade ao Estado, cuja estrutura — defasada — integra. A bem da verdade, porém, é necessário observar que não se tem notícia, mesmo em relação a entidades estatais, da reabertura ou dilação de prazos peremptórios com base nesse tipo de fundamentação.

Refira-se, por fim, recente decisão do STF (17.04.01) cassando liminar, concedida pela Justiça Federal de Santa Catarina, determinando a imediata atualização da tabela progressiva do imposto de renda na fonte pelos mesmos índices de dedução previstos na legislação pertinente. Em seu despacho, o Min. Carlos Velloso, Relator, acolheu os argumentos da AGU, enfatizando a possibilidade de “grave dano à economia pública”. O Relator ponderou, ainda, que levou em conta o possível efeito multiplicador da decisão cassada, visto que “centenas de outras liminares poderão ser concedidas, o que pode agravar a possibilidade do grave dano à economia pública”²⁸, prejudicado determinado projeto de governo, orientação política²⁹ ou comprometida a segurança nacional.

Quanto a esta última, a história registra uma longa prática de manipulação por par-

te de vários governos brasileiros. Lastreados na chamada Lei de Segurança Nacional — LSN (Lei nº 7.170/83), alargou-se esse conceito de modo a justificar juridicamente a imposição de duras perseguições a opositores políticos por fatos nem sempre relevantes. A aplicação dessa lei, não raro, feria princípios constitucionais como o da proporcionalidade e da liberdade de expressão e pensamento. O mesmo se poderia dizer a respeito do Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13/12/68, do qual resultou a cassação dos direitos políticos de inúmeros cidadãos brasileiros, inclusive do atual Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. Ao silenciar ou positivamente validar a aplicação desses atos normativos, o Juiz (em particular) ou o Judiciário (numa visão geral), em nome da neutralidade, fizeram de fato uma declaração de solidariedade ideológica. Ademais, se compreendermos que a Constituição é o instrumento político juridicizado de manifestação da ideologia predominante num Estado e admitirmos que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Carta Constitucional (CF, art. 102), parece inafastável a conclusão de que o Tribunal não é neutro a esse respeito, cabendo-lhe tomar a defesa das posições ideológicas constitucionalizadas. “Não há dúvida que, de um lado impõe-se a preservação dos direitos dos indivíduos componentes no núcleo estatal. Mas, de outro lado, é indispensável a garantia das instituições nascidas. Em suma: protege-se o indivíduo contra o Estado mas este demanda instrumentos de proteção contra os indivíduos que podem, com sua conduta, alcançar a derruição das instituições criadas”, diz Temer. E complementa:

“Impõe-se, porém, perguntar: qual a lei que queremos para garantir as instituições? Não é a reavaliação da LSN. Esta, editada ainda na Velha República, contém defeitos e vícios graves, incompatíveis com os direitos fundamentais, de cuja defesa não podemos descurar.” (...) “Proteger o Estado não significa desmerecer os mais

comezinhos direitos individuais. Muito menos de forma tão agressiva e autoritária, que deixa tudo a passos próximos da tortura e de outras formas de interrogatório medievais já praticadas no Brasil.” (...) “Por isso tudo, a antiga Lei de Segurança nacional sucumbiu à Carta de 88. Sua revogação é imperativo da consciência política nacional.”

Diante dessa afirmação, impõe-se, contudo, o seguinte questionamento: se a LSN sucumbiu diante do novo ordenamento jurídico (vale dizer: não foi por ele recepcionada), por que seria necessário ainda um ato formal revocatório? Mais correto parece ser concluir-se por sua revogação tácita, ante a constatação da incompatibilidade com a nova ordem jurídica nacional inaugurada em 1988. Essa, aliás, a conclusão do próprio TEMER (1999, p. 38) em outra obra:

“Se houver normas incompatíveis com a nova ordem constitucional, manifesta-se o fenômeno da *perda de eficácia*. A este respeito, cristalina é a lição extraída do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 36-5, publicado na RT 675/244: ‘Não cabe ação direta de inconstitucionalidade para questionar lei promulgada na vigência do regime constitucional pretérito. Com efeito, leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que só mais tarde veio a ter existência. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá *revogação* segundo as normas de Direito Intertemporal onde a lei posterior revoga a anterior no que com ela for incompatível’” [grifo nosso].

Criticando as reformas impostas ao texto contitucional de 1988, que o deformaram substancialmente, assim se posiciona Fábio COMPARATO, em excelente artigo:

“A pá de cal na indispensável independência do Supremo Tribunal Federal para custodiar a inviolabilidade da Constituição foi lançada com

a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, instituindo a ‘ação declaratória de constitucionalidade’ (art. 102 — I, a). (...) Por força desse vicioso mecanismo, a nossa Corte Suprema deixa de ser um tribunal, para se tornar um órgão oficial de consulta. Troca a posição de guarda da Constituição pela de associado do governo.”

E, numa crítica ainda mais acerba, comenta a então pretendida emenda que viria a possibilitar a reeleição do Presidente da República: “E não tenhamos dúvida de que, se se decidir suprimir do texto do art. 14, § 5º, a expressão final — ‘para um único período subsequente, o Supremo Tribunal convalidará a desfaçatez, assinando o atestado de óbito da Constituição’”(1998, p. 10).

Moreira Alves, todavia, tem opinião diversa:

“(…) é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexistia controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. (...) Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo.

Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes” (2000, p. 139).

Nas hipóteses aqui examinadas, o Judiciário estará declarando uma *solidariedade ideológica*³⁰, um interesse metaprocessual a ser protegido, que, por sua importância, serviria de baliza orientadora da interpretação e aplicação da norma objetiva. Pontes de MIRANDA cita as seguintes palavras do Juiz Hough, dos EUA, censurando a apreciação das leis pelas Cortes daquele país:

“os julgamentos ‘são ditados ou dominados por atitudes mentais ou predileções fundadas na hereditariedade, na ambiência e na educação, como são os vereditos de todos os júris’. Daí a necessidade, que tem tido o Senado norte-americano, de influir nas nomeações dos membros da Corte Suprema, evitando a resistência opinativa dos juízes à legislação nova. No Brasil, tal reacionarismo foi assaz mais grave, porque não se dirigiu contra as leis sociais em nome de Constituição abstinentes, omissas, quase ôcas, porém contra a Constituição mesma, ameaçada de falir, dizíamos nós em 1935, e por mim falida, por culpa do propósito judiciário e administrativo de não na aplicar”(1963, p. 208).

Expressando assim sua ponderação sobre aspectos metaprocessuais, também exporá posição consentânea com tais parâmetros. Trata-se de decisões que, a par de sua tecnicidade, contêm grande densidade política. A hipótese é também aventada por Carrion, Sarlet e Antunes, examinando a excessiva discricionariedade atribuída pelas Leis 9.868 e 9.882 ao STF quanto à determinação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade em ação direta:

“Assim, *apenas em tese*, poderia o STF declarar a inconstitucionalidade de certo tributo, decidindo, contudo, que os efeitos da declaração (especialmente a nulidade) — *objetivando preservar os cofres públicos* — passasse a

vigorar apenas quando resolvidos os problemas de caixa do poder público ou quando o legislador viesse a corrigir tal situação, sem que lhe seja fixado qualquer prazo razoável para tanto. Pior do que isto, seria imaginar que o legítimo interesse social poderia facilmente ser deslocado por *razões arbitrárias de Estado* e toda sorte de pressões, tudo com o objetivo de alcançar por caminhos de legitimidade duvidosa objetivos manifestamente ilegítimos”³¹.

Para que tais decisões possam existir ou alcançar a garantia de permanência válida, a última palavra na ordem judiciária interna brasileira é dada por um tribunal que, por isso mesmo, classifica-se como político: o STF. Já na primeira Constituição republicana, o entendimento era esse. Examinando os anais daquela constituinte, Agenor de ROURE comentou a proposta de Gonçalves Chaves, propugnando pela nomeação dos Ministros do STF pelo Presidente da República, com o veto do Senado “como correctivo aos abusos possíveis do Governo”, mas apenas sobre um terço dos Juizes do Supremo. Os outros dois terços seriam providos por concurso entre os magistrados mais antigos.

“Parecia ao representante mineiro” — disse Roure — “que deste modo se conciliariam todas as conveniências de ordem pública: tribunal político — o grande pilar da Constituição — destinado a manter o equilíbrio de todos poderes, teria membros nomeados pelo Presidente e aceitos pelo Senado, mas seria dada satisfação á necessidade de chamar á magistratura federal os talentos e as vocações decididas da magistratura estadual.”

A proposta não foi vencedora (1918, p. 36).

O acesso ao Supremo nunca se deu por carreira, caracterizando-se sua composição pela predominância de critérios políticos (=ideológicos) sobre os técnicos (=jurídicos). Houve tempo, inclusive, em que o conhecimento técnico jurídico não era sequer requisito para a escolha de seu integrante, sendo

conhecidos casos de políticos leigos que compuseram o quadro daquela Casa. Bastava então “notável saber” geral. Hoje, todavia, o “notável saber jurídico”³² (entendido, sem exceção na melhor doutrina, como diploma reconhecido e válido de bacharel em Direito³³) é requisito essencial para a escolha do Ministro do STF e dos demais tribunais superiores.

Assim, vê-se que *a imparcialidade é um caso particular da neutralidade e não um sinônimo desta*. Enquanto a imparcialidade decorre da inexistência de interesses envolvendo especificamente a questão *sub judice*, a neutralidade refere-se a interesses mais amplos, que vão além da lide, embora abarcando-a. Em suma: se a imparcialidade é processual e jurídica, a neutralidade é metaprocessual e política.

c3) Estabelecido o terreno terminológico com a fixação dos conceitos acima, cumpre agora avançar-se no aspecto material do princípio da independência judiciária ante a proposta de súmulas com força vinculante.

Para Zaffaroni, a *independência do Juiz* é pressuposto indispensável da sua imparcialidade (1995, p. 91).

Independência é a garantia constitucional de que o Magistrado não sofrerá ingerências, de qualquer origem e natureza, sobre sua atividade judicante. Vale dizer: é a garantia de que decidirá sozinho e unicamente conforme sua própria convicção jurídica baseada no Direito. Essa imunidade não se refere apenas a interferências externas ao Judiciário, mas também tem efeitos *interna corporis*, não se admitindo que a decisão de um Juiz (qualquer que seja ele) venha a ser limitada ou balizada por outro Juiz (qualquer que seja ele).

É para o resguardo da independência do Juiz que a CF lhe garante a irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e a vitaliciedade³⁴. São garantias institucionais, uma vez que destinadas a toda a Magistratura. Além delas, a Constituição estabelece também vedações com mesmo objetivo. Ao Juiz é vedado o recebimento de participa-

ções pecuniárias referentes aos processos³⁵, bem como a dedicação à atividade político-partidária. Trata-se de vedação polêmica, cujo objetivo declarado é evitar a “politização” do Judiciário, como se este, como Poder do Estado que é, já não tivesse natureza política. É interessante observar que essa vedação não está presente em todas as Constituições importantes. Além da brasileira, a Constituição espanhola (art. 127, inciso 1º) também veda a vinculação partidária do Juiz. As Cartas alemã e italiana, porém, não o fazem. “Existe um amplo debate a respeito disso na Europa e, de fato, eminentes políticos, que por sua vez são juristas e catedráticos, são usualmente promovidos, pelo menos, aos tribunais constitucionais. Por outra parte, nos tribunais ordinários, é bem conhecida a filiação partidária de seus membros, embora não tenham participação direta em partidos políticos” (ZAFFARONI, 1995, p. 97)³⁶.

Parece ser necessária uma diferenciação conceitual entre “partidarização ativa” e “partidarização passiva”. Por “*partidarização ativa*” deve-se entender a efetiva participação na atividade partidária (militância), que denota grande comprometimento ideológico e prático. A “*partidarização passiva*”, porém, consiste na mera opção formal pela filiação, importando apenas uma declaração exterior de simpatia partidária. Implica um grau bem menor de comprometimento e é a realidade da ampla maioria dos filiados a partidos políticos, não apenas no Brasil. As campanhas de filiação partidária, em que se angariam na sociedade declarações de simpatia, têm, na verdade, o efeito formal de preencher um requisito para a atividade do partido político e representam um termômetro relativamente confiável do grau de inserção social do partido. A meu sentir, a mera filiação partidária não pode implicar a presunção absoluta de um comprometimento ideológico suficiente a invalidar a atividade jurisdicional. Ademais, é evidente que a mera desfiliação formal de qualquer pessoa — inclusive do Juiz — não autoriza

concluir-se por seu efetivo descomprometimento ideológico em relação ao partido a que até então era filiado. O vínculo político material sobrevive ao rompimento formal. “A partidarização dos judiciários, como vimos, pode ocorrer sem que os juízes tenham militância política, de modo que o fenômeno em si é independente dessa circunstância. (...) A partidarização de um judiciário é obtida, fundamentalmente, pela pressão que os partidos ou frações possam fazer no sentido da designação e destituição dos juízes” (ZAFFARONI, 1995, p. 97). A vedação constitucional brasileira seria adequadamente interpretada se entendida no sentido da partidarização ativa, permitindo-se ao Juiz, porém, a mera declaração formal de simpatia partidária. Nesse caso, todavia, a suspeição sempre poderia vir a ser argüida (CPC, art. 135, V ou par. único).

Pela pertinência e idoneidade da lição que encerram, reproduzem-se aqui, novamente, as palavras de um dos mais respeitados juristas da atualidade:

“Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado” (ZAFFARONI, 1995, p. 88).

c3.1) A independência do Juiz pode ter, pois, duas manifestações: *interna*, relativamente aos demais integrantes do próprio Judiciário, e *externa*, referente a todas as demais pessoas.

Por sua própria natureza e forma de manifestação, a independência interna talvez seja a mais delicada. Enquanto as ingerências externas podem ser, quando não

neutralizadas, ao menos minimizadas pela ação da sociedade, da imprensa e das próprias partes processuais, as pressões eventualmente providas do seio da corporação apresentam mais difícil controlabilidade, uma vez que podem manifestar-se — e é de se esperar que assim aconteça — de formas mais sutis e indetectáveis.

Num Judiciário hierarquizado, ao modo brasileiro, em que o Juiz é praticamente um funcionário de carreira — sujeito a promoções, remoções, aumentos (ou privações) salariais, controle de produtividade, tíquetes para alimentação, etc. —, as pressões corporativas podem encontrar inúmeros caminhos não-oficiais de possível manifestação.

Ademais, observe-se que, ainda no caso brasileiro, as interferências externas podem pretender realizar-se por duas vias. *Diretamente*, mediante constrangimentos exercidos pelo próprio agente beneficiário — através de cortes orçamentários, ameaças de mudanças normativas desfavoráveis ou enfraquecedoras, campanhas públicas de detração, etc. Em fins de maio/2000, por exemplo, o STF proveu pedidos liminares a alguns investigados por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), com isso impedindo a quebra de seus sigilos bancário e fiscal, que havia sido determinada por essa mesma Comissão. Naquela oportunidade, o Supremo declarou que os limites constitucionais para a ação das CPIs não abarcavam todos os poderes jurisdicionais e que a quebra dos sigilos fiscal e bancário, por serem direitos de natureza constitucional, não se encontrava no rol de capacidades dessas Comissões. Pela mesma época, concedeu *habeas corpus* a um ex-Presidente do Banco Central do Brasil, cuja prisão em flagrante havia sido realizada pela mesma CPI, em público e com transmissão ao vivo, por televisão, para todo o país. Tais eventos geraram profunda indignação no então Presidente do Senado e do Congresso, que, mesmo em viagem a Lisboa, concedeu naquela cidade entrevistas recheadas de indignação. Assim agindo — dizia o Senador — o STF estava a trabalhar

contra os interesses maiores da nação. Em nome desses interesses maiores, pois, “prometia” (=ameaçava com) profundas mudanças constitucionais, via emendas, tão logo retornasse ao Brasil, mudanças essas que reduziriam e modificariam substancialmente a competência de alguns tribunais, em especial a do Supremo.

A todos causou espécie a reação daquele Senador, que seguidamente utilizava os verbos na primeira pessoa do singular, num comportamento que parecia extinto e que é, no mínimo, incompatível com o Estado Democrático Constitucional de Direito.

Lembre-se também a verdadeira “campanha detratória” que, generalizadamente, se tem engendrado contra o Judiciário, já desde 1999. Seu clímax parece ter-se verificado em agosto/2000, com os escândalos de desvio de verbas da obra de construção do TRT de São Paulo e a caça ao principal envolvido, o ex-Magistrado Nicolau dos Santos Neto, codinominado (apropriadamente, diga-se de passagem) de “Juiz-Ladrão” e jocosamente apelidado de “Lalau”, por ter desviado, em proveito próprio e de comparsas governamentais de primeiro escalão, US\$169 milhões daquela obra pública. A “campanha” tenta generalizar casos isolados, na evidente tentativa de desmoralizar toda a corporação judiciária que, conquanto detentora de evidentes falhas, não merece a pecha irrestrita que se lhe atribui. Utilizando-se de táticas de constrangimento pessoal e corporativo, que visam ao enfraquecimento institucional do Judiciário, intenta criar condições políticas para a aprovação de medidas como o controle externo e a súmula vinculante, tudo abarcado num grande projeto denominado “Reforma do Judiciário”.

Mas as pressões externas podem-se manifestar também de modo *indireto*, como, por exemplo, através das nomeações de magistrados por integrantes de outro Poder, tal qual acontece com os tribunais superiores³⁷. Nessas nomeações, é forçoso reconhecer que o afastamento da influência de interesses

externos não está de todo garantido pelos *modus operandi* estabelecido na Constituição.

c3.2) A proposta de atribuir força vinculante à jurisprudência dos tribunais superiores, ou apenas às do STF, não é nova³⁸. O *anteprojeto de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil* (denominada “Lei de Aplicação das Normas Jurídicas”), de autoria do Prof. Haroldo Valladão (D.O. de 15.5.64, Suplemento nº 92), já previu, no seu art. 7º, a *Resolução Uniformizadora do Supremo Tribunal Federal*, nos seguintes termos:

“Art. 7º—O Supremo Tribunal Federal, no exercício das atribuições que lhe confere o art. 101, III, d, da Constituição Federal, uma vez fixada a interpretação da lei federal pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos, por maioria absoluta (Constituição Federal, art. 200), torná-la-á pública, na forma e nos termos determinados no Regimento, em Resolução que os tribunais e os juízes deverão observar enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente. *Parágrafo único* — A modificação pelo Supremo Tribunal Federal se fará, havendo razões substanciais, mediante proposta de qualquer Ministro, por iniciativa própria ou sugestão constante nos autos”(1974, p. 190-191).

A atribuição de força vinculante a decisões dos Tribunais Superiores implica a *institucionalização da ingerência hierárquica*³⁹ sobre a interpretação judicial e, portanto, acarreta o *cerceamento da independência do Juiz inferior*. Leva à padronização da jurisprudência, modelando o Direito em *standards* preestabelecidos por um grupo de juristas notáveis. Comentando sobre a função dos mecanismos de uniformização da jurisprudência, assim se manifestou Barbosa MOREIRA: “Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adota-

da já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social”(1974, p. 12).

Antes da CF/88, a *ação advocatória*⁴⁰ constituía outro mecanismo de realização desse cerceamento institucionalizado, que, felizmente, não se manteve na Carta atual. A propósito, observe-se que o Direito norte-americano prevê esse instituto, como nos informa Maria do Carmo REIS: “A Suprema Corte pode avocar processos, de ofício ou a pedido das partes, considerando a importância do caso, oriundos da Corte de Apelação; mas só pode avocar diretamente do primeiro grau de jurisdição quando se tratar de processo penal com condenação à pena de morte, para suspender sua execução”(1996, p. 237-241). Na prática brasileira, significava o cancelamento do duplo grau de jurisdição, nos casos que previa, e conferia ao STF o superpoder jurídico de centralizar, em detrimento de qualquer outro Juízo, as decisões que julgasse relevantes.

(a)- *O ato de decidir é a essência da atividade jurisdicional*. A cada caso que lhe é submetido, o Juiz decide quem está protegido pela ordem jurídica. Não fossem as peculiaridades dos casos concretos, seria muito mais cômodo e racional estabelecerem-se fórmulas de solução, algoritmos jurídicos que resolveriam todo um conjunto de problemas iguais. Esse, porém, é o terreno da Matemática, não do Direito. Na verdade, os casos não se repetem de maneira absoluta, embora possam apresentar semelhanças substanciais. As múltiplas facetas de cada realidade pessoal e de cada situação relacional impedem padronizações definitivas. Embora as fórmulas legais sejam modelos simplificados das realidades juridicizadas⁴¹, não se pode pretender que tais paradigmas normativos sejam mais do que estruturas⁴² de decisão. A estrutura serve de sustentação para a obra jurídica, mas ela própria não é a obra toda. Como um escultor, o operador do Direito deve modelar sua obra individual sobre a estrutura que lhe é fornecida pelo sistema. A partir da estrutura normativa e principiológica disponível, o Juiz modelará

na sentença a solução para o caso individual, que, por isso mesmo, só servirá para aquele caso. Modelar previamente uma solução jurídica geral equivaleria a confeccionar luvas a partir de um único molde, pretendendo que servissem para todos os tamanhos e formatos de mãos. Juiz só poderá fazer Justiça quando sua sentença servir para o caso concreto como uma luva adequadamente confeccionada, sem folgas ou apertos.

No sistema atual, as *súmulas* deveriam servir apenas como *modelos recomendados*⁴³, não obstante tenham de fato alcançado *status* bem superior⁴⁴. Em princípio, o Juiz está livre para utilizar o modelo ou não. Se considerá-lo adequado ao caso *sub judice*, poderá valer-se do *standard* apresentado como mecanismo racionalizador. Se, contudo, encontrar nele qualquer inadequação, está autorizado a afastá-lo, devendo, então, modelar *de per si* outra solução individual.

Na hipótese de estar vinculado ao paradigma decisório idealizado pela proposta de *súmulas* que aqui se discute, não poderá, porém, elaborar a solução individual. Nesse caso, restará ao Juiz apenas a função retransmissora, meramente técnica, de aplicador ou porta-voz da solução alheia, emitida por quem não conhecia — e nem poderia conhecer — as peculiaridades do caso.

(b)- Para CANOTILHO (1998, p. 942-955), o poder constituinte derivado encontra vários limites para seu exercício⁴⁵.

Como *limites inferiores*, define o Professor coimbrão aquelas matérias que não podem ser incluídas no texto constitucional pelo poder revisor. Como *limites superiores*, aquelas que, integrantes do *corpus* constitucional, dele não podem ser retiradas ou modificadas por esse mesmo poder. Salienta, porém, a inexistência *a priori* de uma *reserva de matéria constitucional*, que obrigatoriamente deva ser plasmada sob a forma constitucional.

Observe-se, a propósito, que o ilustre Professor lusitano parece, aqui, discrepar do entendimento clássico de Lassalle (1998), que identifica duas espécies de matéria: uma

constitucional, outra legislativa. “Qual a diferença entre uma Constituição e uma lei?” (...) — pergunta Lassalle. “Ambas, a lei e a Constituição,” — explica — “têm, evidentemente, uma essência genérica comum.” (...)“Entre os dois conceitos não existem somente afinidades; há também dessemelhanças.” (p. 23). Embora sem enunciá-lo objetivamente, sustenta que a matéria constitucional própria diferencia-se por não ser de Direito (jurídica), mas sim matéria relativa ao poder (p. 53), sendo, portanto, imediatamente política.

Vai no mesmo sentido a lição de Hesse (1991): “Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas.” (p. 9). Ensina ainda o Professor alemão que a Constituição transforma-se em *força ativa* se existir, na consciência geral, a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. Porém, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade.” (p. 14). A Constituição, acrescenta, “deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais”, cujo conteúdo possa ser desenvolvido pela legislação infraconstitucional (p. 21). E acrescenta (p. 22): “Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente”.

Alguns limites podem ser *expressos* — quando articulados no próprio texto —, outros *implícitos* — quando dedutíveis do texto constitucional; outros há, por fim, “imanescentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta”(CANOTILHO, 1998, p. 943) ⁴⁶. Estes últimos são os limites *tácitos*.

No § 4º do art. 60, a CF estipula expressamente alguns limites ao poder constituinte derivado, consagrando as chamadas “cláusulas pétreas”. Nenhuma emenda poderá remover ou modificar (limite superior expresso) ou ainda incluir (limite inferior expresso) qualquer dispositivo que, mesmo

remotamente, tenda a abolir qualquer dos quatro limites ali declarados.

A *independência judicial* é um princípio constitucional implícito. Em sua concepção *externa*, decorre do princípio da separação das funções do Estado, concretizado no art. 2º da Carta, já que é evidentemente incompatível com esse princípio a ação prejudicial entre os Poderes. É igualmente dedutível das garantias previstas no art. 95, uma vez que todas, em última análise, são formas de sua concretização.

Por outro lado, numa *concepção interna*, a independência do Juiz constitui princípio constitucional *tácito*. Dispensando expressão formal, vincula o legislador constituinte e configura, assim, parâmetro suprapositivo inafastável. No Direito brasileiro, sobrepairá a toda legislação infraconstitucional, em especial às normas processuais, que sempre se referem individualmente ao Juiz e, em nenhum momento, admitem mecanismos que possibilitem a interferência interna sobre a atividade judicial. O Direito objetivo inquina mesmo de nulidade a sentença que for dada com infringência desse princípio, e, em certas hipóteses (prevaricação, concussão ou corrupção do Juiz), o fato poderá configurar crime⁴⁷.

A *prevaricação* é crime que consiste em ação denunciadora de infração ao princípio da imparcialidade judicial (cfr. CP, art. 319). A concussão e a corrupção, todavia, consistem em atos contrários ao princípio da independência.

A *concussão* é aqui concebida como ato de Juiz sem jurisdição sobre a causa decidenda, que, valendo-se de sua condição funcional, busca influenciar indevidamente a decisão do Juiz da lide (CP, art. 316 - “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”).

Quanto à *corrupção*, pode manifestar-se em duas modalidades: *ativa* ou *passiva*. Se o Juiz da lide se corrompe (solicita ou recebe vantagem indevida), compromete voluntariamente sua independência, assumindo,

desde então, a condição de interessado (embora por motivo ilícito) na decisão. O crime de corrupção *passiva*, portanto, compromete sucessivamente os princípios da independência e da imparcialidade judiciais (cfr. CP, art. 317). Todavia, na hipótese de a vantagem indevida ser oferecida ou prometida por outro Juiz ao Juiz da lide — ou mesmo por qualquer outra pessoa —, a ação estará subsumida no tipo penal de corrupção *ativa* (cfr. CP, art. 333). Nesse caso, o princípio da independência judicial será seu objeto jurídico específico (numa abordagem mais ampla do tema, Celso Delmanto, em seu *Código penal comentado*, explica que o objeto jurídico do crime de corrupção passiva é a Administração pública, especialmente a sua moralidade). A propósito, convém observar que, embora reconhecendo a existência de duas correntes doutrinárias — uma restringindo o conceito de “vantagem indevida” apenas àquela de natureza propriamente patrimonial, outra admitindo-a sob qualquer forma de benefício ou satisfação de desejo —, filia-se este trabalho ao segundo entendimento, também sustentado, entre outros, por Heleno Fragoso e Magalhães Noronha. Para melhor entendimento, *considere-se a seguinte hipótese*, meramente teórica: se um Juiz promete vantagem funcional de qualquer natureza para que o Juiz da causa a decida numa determinada forma, estará configurada a corrupção ativa *interna corporis*. Se a vantagem for disponibilizada por outra pessoa qualquer, a hipótese será de corrupção ativa *extra corporis*. Em ambas as situações, porém, o objeto jurídico lesado será o mesmo: a independência judicial. A abordagem criminal poderá abranger ainda a subsunção ao tipo da “coação irresistível” (CP, art. 22). Se, para direcionar sua decisão, for exercida enérgica coação física ou moral sobre o Juiz da lide, também restará atingido o princípio da independência judicial e realizado o tipo penal em comento⁴⁸.

A respeito do tema, assim se expressa Pontes de MIRANDA:

“Há prevaricação, concussão e corrupção. Prevaricação designa inúmeras fraudes em que pode incorrer o julgador. Não se devem definir *a priori*. Entre elas (...) o temor de perder o cargo, sob a espada de Dâmocles dos ‘poderosos’, a que se referiam as Ordenações [Filipinas], de todos os que, nos momentos de crise moral, alvoroçam os tribunais sob as medievais coerções das aposentadorias e das demissões. (...) Tais sentenças são rescindíveis; foram frutos do medo, que pode ir à fraude”(1976, p. 219).

Por sua pertinência e lição, reproduzem-se, ainda, as seguintes palavras do insuperado Jurista:

“Na Idade Média muito se confundiram a concussão e a corrupção. Ora, quem abusa da sua qualidade e da sua função, para haver proveitos ou promessa de proveitos, ou por tê-los havido, comete a concussão, não importa de quem venham os proveitos, uma vez que há a ligação ao ato de concussão. O que se exige, na corrupção, é o *pactum sceleris*, seja explícito, seja implícito, seja expresso, seja tácito, como se o juiz deu a sentença a favor de A porque o irmão de A, ou o pai ou o sogro de A, tinha de assinar ato de promoção com a escolha, dentre nomes um dos quais é o do juiz, ou se a A ou a algum parente ou íntimo amigo cabia nomear para algum posto o filho do juiz, ou algum parente”(p. 223-224).

A única via lícita de interferência sobre o processo ou sobre a decisão do Juiz é a recursal, mas essa só se abrirá após o exercício da independência do juízo *a quo*, já que a decisão de primeiro grau é pressuposto do recurso. Trata-se, assim, de função individual, mesmo quando exercida em organismos coletivos, como os grupos, turmas ou câmaras dos tribunais. Ainda nesses organismos, não se admite a interferência mútua entre os Juízes, devendo a lide ser decidida pelo entendimento individual

majoritário de seus integrantes. A independência individual, nesses casos, restará preservada pela admissão do voto vencido, inclusive com declaração de seus termos.

Ainda segundo a já mencionada classificação de Canotilho, deve-se entender o princípio da independência judicial como *limite absoluto*⁴⁹ para a revisão constitucional. Não pode ser superado pelo exercício do poder constituinte derivado. Em outras palavras: o princípio da independência não pode sofrer relativizações nem agravos via emendas revisionais. Qualquer emenda que reduza, condicione ou de qualquer forma relativize a realização desse princípio será, portanto, eivada de nulidade *ab ovo*.

Assim, por restringir, ainda que apenas em determinados casos, a independência de que deve desfrutar o Juiz para o exercício da atividade jurisdicional, é materialmente inconstitucional a proposta de emenda que atribui força vinculante a súmulas jurisprudenciais.

Notas

¹ Competência, forma, requisitos e procedimentos relativos ao ato normativo (quórum, maiorias, prazos, número de votações, etc.).

² Ainda: “As leis e as demais regras jurídicas precisam ser permitidas pela Constituição. Se o não forem, dir-se-ão contrárias à Constituição, ou por sua feitura, ou por seu conteúdo” (MIRANDA, 1947, p. 172).

³ “Enganar-se-ia, porém, quem julgasse que a Constituição norte-americana está toda contida no texto de 1787 e nos seus 25 aditamentos” (CAETANO, 1995, p. 67) – para uma análise mais acurada da Carta Política estadunidense, cf. p. 66-91.

⁴ Para um exame da inconstitucionalidade de normas decorrentes do poder constituinte derivado (emendas), em especial no que se refere às limitações ao poder de tributar, cf. Flávio Bauer, NOVELLI (1995, p. 21-57).

⁵ Nas palavras de Carl Schmitt, política refere-se à esfera de relações amigo-inimigo, de apoio e oposição. A palavra “política” é termo amplo e polissêmico. Veja-se Sílvio Nazareno COSTA (2002, p. 281-284). Para uma análise mais profunda dessa polissemia, confira-se ainda Norberto BOBBIO (1997, p. 954, 959). Sobre esse tema, mas com enfoque um pouco diverso, veja-se Luiz Flávio GOMES (1997, p. 64-66 e 69-79).

⁶ Bonavides sustenta que o *controle concreto* (difuso) tem *natureza jurídica*, já que não retira do sistema a lei viciada, e que o *controle abstrato* (concentrado) tem *natureza política*, removendo da ordem normativa a lei inconstitucional e, portanto, agindo com prejuízo da vontade política do Legislativo (1999, p. 272-280).

⁷ Ainda: “(...) si examinamos a fondo nuestros propios principios constructivos dogmáticos, como por ejemplo los conceptos de ‘derecho’, ‘antijuridicidad’, ‘bien jurídico’, etc., nos damos cuenta de que también ellos contienen juicios de valor *extrapositivos*, que encarnan la ‘relación de inexactitud’ ética en el mismo grado que la explicación a base de la reason.” [grifo nosso] (ESSER, 1961, p. 287).

⁸ Sobre os mecanismos de compartilhamento e de mútuo controle, veja-se Sílvio Nazareno Costa (2002, p. 278).

⁹ Esse entendimento está conforme ao de CAMPILONGO: *competências condutoras* (=poderes políticos *stricto sensu*) e *competências garantidoras* (=poder judicial) (Cfr. COSTA, 2002, p. 281 e ainda a metáfora das “bolas de bilhar”, de Luhmann).

¹⁰ Adin 594-4/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 19.02.92: “Por maioria de votos, o Tribunal não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade por impugnar súmula jurisprudencial (*impossibilidade jurídica do pedido*) e, em consequência, julgou prejudicado o requerimento de medida cautelar, vencido o Min. Marco Aurélio, que dela conhecia. Votou o Presidente. Não votou o Min. Célio Borja, por não se achar suficientemente esclarecido, em razão de estar ausente, ocasionalmente, quando do início do julgamento”; também ADinAgRMC 899-4/DF, j. 12.7.93. Cfr., ainda, item II, 3. 3, § 16, α, deste trabalho.

¹¹ A respeito, assim se manifestou o Juiz presidente da 34^a VT de Belo Horizonte: “No seu conjunto, existem as que não cristalizam a melhor jurisprudência, destoam de princípios jurídicos atribuídos umas com as outras num mesmo repertório de enunciados, eventualmente confrontam a lei e até a Constituição e, não obstante, não se invalidam, nem se sujeitam a controle de legalidade ou constitucionalidade” (FERREIRA, 1995).

¹² Min. Sepúlveda Pertence, debate promovido pela CCJ do Senado em 2.4.97; notas taquigráficas gentilmente cedidas pelo Min. Gilmar Mendes.

¹³ “A súmula não tem força obrigatória; todavia, se não for observada por Juízes e tribunais, a sentença que a contrariou é reformável.” (BUZAID, 1985, p. 214).

¹⁴ No mesmo sentido, Marcus FERREIRA: “O certo é que nestes e noutros anacronismos incorrem também o direito legislado e as próprias súmulas dos tribunais no sistema atual em que elas, embora não tenham força impositiva, ainda assim exercem decisiva influência nos julgamentos das instâncias

inferiores” (1995).

¹⁵ Sobre os assentos portugueses, cfr. Sílvio Nazareno Costa. (2002, p. 23-36). Min. Sepúlveda Pertence, debate promovido pela CCJ do Senado em 02.4.97 (notas taquigráficas gentilmente cedidas pelo Min. Gilmar Mendes).

¹⁶ A classificação a seguir é sugerida por Lenio Streck, expressamente inspirada em doutrina de Teresa Arruda Alvim (STRECK, 1995, p. 185-237)

¹⁷ Ex.: súmula 266/STF: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”, que tem o mesmo conteúdo do art. 1º da Lei 1.533/51.

¹⁸ Ex.: súmula 343/STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”, que interpreta o inciso V do art. 485 do CPC.

¹⁹ Ex.: súmula 400/STF: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, III, da Constituição Federal”, que teve por objetivo refrear a utilização do recurso extraordinário.

²⁰ Ex.: súmula 554/STF: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”, cuja interpretação *a contrario sensu* (muito aceita pela doutrina e pela jurisprudência) leva à conclusão de que “se o pagamento do cheque for efetuado antes do oferecimento da denúncia, será causa extintiva da punibilidade”. Esse corolário da súmula não encontra supedâneo no Código Penal, que não confere ao ressarcimento do prejuízo à vítima o efeito de extinguir a punibilidade do agente. Pode-se opor a essa afirmação, contudo, o fato de a possível ilegalidade referir-se à interpretação da súmula, e não a seu texto *in verbis*.

Outro exemplo: súmula 228/STF: “Não é provisória a execução na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo destinado a fazê-lo admitir.” Para Teresa Arruda Alvim, essa súmula contrariava frontalmente os arts. 882, II, e 808, § 1º, ambos do CPC/1939, “e a doutrina sustentava, majoritariamente, tratar-se de ilegalidade, com exceção de Pontes de Miranda (em seus Comentários) e José Frederico Marques (em Instituições).” (PINTO, 1985, p. 225).

Outro exemplo: súmula 521/STF: “O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado”, que confronta o texto do art. 70 do CPP, em que é estabelecido como competente o foro do lugar em que se consumar a infração. O confronto só não ocorrerá se se entender que o crime em questão consuma-se apenas no ato da recusa de pagamento pelo banco sacado (vejam-se outras considerações em STRECK, 1995, p. 226-229).

²¹ A autonomia do Judiciário é princípio constitucional previsto no artigo 99: “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.” Trata-se de uma garantia institucional.

²² Sobre a independência do Juiz, cfr. o item χ 3, adiante.

²³ Também a instituição do Judiciário pode ter interesses objetivos a proteger. Daí a reserva de competência contida no art. 102, I, *n*, da CF.

²⁴ “Aquele que não se situa como terceiro ‘supra’ ou ‘inter’ partes, não é juiz” (ZAFFARONI, 1995, p. 91).

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, páginas mencionadas no texto) corroborando palavras de J. A. G. Griffith in “*Giudici e politica in Inghilterra*”, Milano, 1980).

²⁶ A Física nos dá um parâmetro interessante, embora um tanto inusitado, para o entendimento desse conceito. Elemento neutro é aquele que, eletricamente equilibrado, não tem carga sobrando — positiva ou negativa. É elemento descarregado, que, por conseguinte, não atrai nem repele os elementos positivos ou negativos. Eletricamente, sua presença física não interfere sobre os demais. Caso fosse positivado, repeliria os de mesma carga e atrairia os negativos. *Mutatis mutandis*, o mesmo aconteceria se fosse carregado negativamente. Se figurássemos a relação jurídica como uma relação elétrica, as partes seriam elementos eletricamente carregados (uma seria o positivo, outra o negativo), enquanto o Juiz seria o elemento que, por não ter carga elétrica (neutralidade), poderia permanecer entre os dois sem modificar, com sua presença, a relação que entre aqueles se mantivesse.

²⁷ Tradução livre do seguinte texto: “The distinction between ‘policy-making’ and ‘administration’ is only relative. Nor can we assume that the civil servant — or judge, general or policeman — is entirely ‘neutral’ in his interests and goals. He will have views of what is good for society, not to mention the usual motives of ambition and self-interest. As he uses his power to give concrete form to the policies of his government, his purposes — broad or narrow, orthodox or heretical — will influence his action. The patterns of power and interest are aspects of the decision process at all stages.” (BEER; ULAM; WAHL, 1964, p. 60).

²⁸ Cfr. outras considerações em Sílvio Nazareno Costa (2002, p. 56 et seq.).

²⁹ A Justiça alemã tem recrudescido as punições a grupos neonazistas, que se encontram em franco crescimento naquele país. O endurecimento estatal já havia sido anunciado pelo Executivo germânico. Em fins de agosto/2000, um jovem alemão foi condenado à prisão perpétua, acusado de ter matado por espancamento um moçambicano no dia 11/6/2000. Comentando a condenação, o Chanceler alemão, Gerhard Schroeder, disse que o castigo

“deixa claro para a opinião pública a forma como pretendemos enfrentar este problema.”. O Juiz que pronunciou a sentença pediu que o fenômeno do racismo na Alemanha não fosse subestimado e salientou que, de 1999 para cá, já ocorreram 28 vítimas fatais por esse tipo de violência e pelos grupos neonazistas naquele país (*Correio do Povo*, Porto Alegre, p. 10, 31 ago. 2000).

³⁰ “As investigações realizadas sob a direção de Renato Treves [na Itália] obrigam a uma revisão radical do mito do apoliticismo da função judicial e revelam haver grandes tendências ideológicas no solo da magistratura italiana. (...) Todos esses estudos têm vindo a chamar a atenção para um ponto tradicionalmente negligenciado: a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e económicos que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica” (SANTOS, 1999, p. 173 - 174).

³¹ [grifo nosso] CARRION, Eduardo Kroeff Machado; SARLET, Ingo Wolfgang & ANTUNES, Marcus Vinícius Martins. Comissão *ad hoc* nomeada pelo IARGS. Parecer Sobre a Constitucionalidade da Lei 9.868/99, 18.5.2000, item 3.2.

³² CF, art. 101; art. 104, par. único; art. 111, § 1º (aqui, o requisito é implícito); art. 119, II; art. 123, I. A *Constituição do Império, de 1824*, estipulava que o Supremo Tribunal de Justiça seria composto de quinze “Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades” (art. 163). A *primeira Carta republicana, de 1891*, foi também a primeira a utilizar a denominação Supremo Tribunal Federal, e previa que os — ainda quinze — Ministros do STF seriam nomeados dentre “cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado” (art. 56). Com a *Carta de 1934*, o Supremo passou a denominar-se Corte Suprema, reduzindo-se para onze o número de Ministros (permitido aumento até dezesseis, mediante lei). Passou a estabelecer-se o requisito de “notável saber jurídico e reputação ilibada”, agregando-se ainda como condição para as nomeações a aprovação prévia do Senado (art. 74). A *Constituição getuliana, de 1937*, retomou a denominação de 1891 (STF), mas conservou o número de Ministros e os requisitos estabelecidos na Carta de 1934 (art. 98). Assim também a “*Constituição Democrática*”, de 1946 (art. 99), a militar de 1967 (art. 113, § 1º), a também militar de 1969 (art. 113, § 1º) e a “*Constituição Cidadã*”, de 1988 (art. 101, *caput*). Vê-se, pois, que o saber técnico (jurídico) é requisito essencial para a nomeação de Ministros do STF desde 1934. Até então, a exigência era genérica, de

saber notável, abrangendo, *a fortiori*, qualquer área e todas as áreas do conhecimento humano.

³³ “(...) esse notável saber jurídico deverá ficar comprovado objetivamente e, para tanto, faz-se necessário, em geral, certo tempo para que esse saber fique demonstrado. Resultará da publicação de ponderável obra jurídica, do exercício da função judicante em outros tribunais, da função docente, de trabalhos jurídicos na área das consultorias ou do Ministério Público, ou quiçá, na advocacia.” (SOUZA, 1998, p. 149).

³⁴ CF/88, art. 95, I, II e III.

³⁵ CF/88, art. 95, par. único, II. Embora o texto não o diga – e mesmo devido a essa omissão –, deve-se interpretar que a vedação se estende a quaisquer processos, não apenas aos que lhe são submetidos.

³⁶ A vedação constitucional brasileira seria adequadamente interpretada se entendida no sentido da partidização ativa, permitindo-se ao Juiz, porém, a mera declaração formal de simpatia partidária. Nesse caso, todavia, a suspeição sempre poderia vir a ser argüida (CPC, art. 135, V ou par. único).

³⁷ CF, art. 84, XIV, XVI.

³⁸ Vejam-se, por exemplo, os *assentos*, adotados no Brasil em 1875 (cf. COSTA, 2002, p. 23-36 e 181-190). Em comentários à proposta, Paulo Medina assim se manifesta: “Anos atrás, quando o problema da dispersão da jurisprudência ainda não se acentuara, o Prof. Haroldo Valladão, ao elaborar o projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, procurou atribuir eficácia cogente às decisões do Supremo Tribunal Federal sempre que reiteradas em três acórdãos, por maioria absoluta, de forma que os tribunais e juízes passassem a observar a decisão assim estabelecida ‘enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente’” (MEDINA, 1996, p. 585).

³⁹ “O magistrado não tem superiores, dos quais possa receber ordens e instruções para o julgamento das causas que lhe estão sujeitas.” (GARCIA, 1996, p. 40-47). No índice por assuntos, cfr. ainda o verbete “Hierarquia Judiciária”.

⁴⁰ CF/69, art. 119, I, *o*, com a redação dada pela EC 7/77: “Compete ao Supremo Tribunal Federal: I) Processar e julgar originariamente: o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja *avocação* deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido.”

⁴¹ “O tipo constituído é uma simplificação do concreto”, explica REALE JÚNIOR, valendo-se de palavras de Mackinney (2000, p. 37)

⁴² Estrutura consiste em um “sistema integrado, de modo que a mudança produzida em um

elemento provoca uma mudança nos outros elementos” (BASTIDE, apud REALE JÚNIOR, 2000, p. 37). “A estrutura normativa não brota de elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria da tarefa de, a partir do real, do concreto, formular um paradigma, um modelo de ações previsíveis” (REALE JÚNIOR, 2000, p. 37).

⁴³ “Contrariedade a súmula do STF não é fundamento para a propositura de ação rescisória com base no inc. V do art. 485 do CPC.” (AR nº 1.049-3/GO, rel. Min. Moreira Alves, j. 09.02.83, DJ de 27.5.83, p. 7532, cit. por PAULA, Alexandre de. CPC Anotado, p. 1640, v. II).

⁴⁴ Cfr. notas aos subitens β2 e β3, *supra*.

⁴⁵ São arroladas as seguintes modalidades de limites materiais ao poder revisional: limites superiores, inferiores, expressos, tácitos, absolutos e relativos. A idéia de Canotilho poderia ser representada por uma metáfora: a reforma de uma casa (a CF), na qual há duas portas: uma de entrada, uma de saída. Nessa metáfora, *limites inferiores* são a porta de *entrada*, que regula o ingresso de matérias. *Limites superiores* são a porta de *saída*, que regula a exclusão de matérias.

⁴⁶ Também reconhecendo uma suprapositividade vinculativa do legislador constituinte, cfr. BACHOF: “Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infracção deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas...” (1994, p. 23).

⁴⁷ CPC, art. 485 - “A sentença de mérito transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I) se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; (...)” (Cfr., ainda, CC, art. 145, V). Trata-se, aqui, do princípio da independência em suas duas concepções, interna e externa.

⁴⁸ Exemplo: ameaçar com a demissão de pessoa das relações íntimas do Juiz do processo, pessoa essa que ocupa cargo público em comissão, caso a sentença não seja dada em favor dos interesses do agente coator. Outro exemplo: Um Juiz, tendo sob sua jurisdição processo envolvendo vultosa repercussão econômica ou moral contra pessoa das íntimas relações de outro Juiz, ameaça este último com a condenação exacerbada daquela terceira pessoa, caso um outro processo, que se encontra sob o julgamento do magistrado coagido, não seja decidido segundo os interesses do coator.

⁴⁹ Limites absolutos, explica o Professor de Coimbra, são “*todos os limites da constituição que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão*”. De outro lado, consideram-se *relativos* “*aqueles limites que se destinam a condicionar o exercício do poder de revisão, mas não a impedir a modificabilidade das normas constitucionais, desde que cumpridas as condições agravadas estabelecidas por esses limites*” (CANO-

TILHO, 1998, p. 944 - 945). Assim configura exemplo de limite relativo ao exercício do poder revisor a vedação contida no § 5º do art. 60 da CF/88.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BEER, Samuel H.; ULAM, Adam B.; WAHL, Nicholas. *Patterns of government: the major political systems of Europe*. 2. ed. New York: Random House, 1964.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9. ed. Tradução de João Ferreira (Coord.) Brasília: UnB, 1997, 2v.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BUZUID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 34, p. 189-217, jul. 1985.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Reforma constitucional e direitos adquiridos e outros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma constituição. *Jornal da AJUFESP*, São Paulo, set. 1998. p. 10.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 129, p. 5-16, jan./mar. 1996.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERREIRA, Marcus Moura. O efeito vinculante das súmulas. *Correio Braziliense*, Brasília, 04 set. 1995. Seção Direito e Justiça.

FREUND, Julien. *La esencia de lo político*. Tradução de Sofia Noël. Madrid: Nacional, 1968.

GARCIA, Dinio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. *Revistas dos Tribunais*, v. 734, p. 40-47, dez. 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: RT, 1997.

GRAU, Eros Roberto. Quem tem medo dos juízes (na democracia)? *Juízes Para a Democracia*, São Paulo, n. 1. p. 101-111, 1996.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A uniformização da jurisprudência no contexto da reforma do código de processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, 1974. v. 5.

NEVES, António Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. *O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1994.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? *RDA*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 21-57, jan./mar. 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito. *Revista de Processo*, n. 40, outubro-dezembro/85, p. 224/235.

- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Anotações sobre o poder judiciário americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 129, p. 237-247, jan./mar. 1996.
- RIBEIRO, Antônio Pádua. O judiciário como poder político no século XXI. *Informativo da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 11-26, jan./jun. 2000.
- ROURE, Agenor de. *A constituinte republicana*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, v. 2.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- VALLADÃO, Haroldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974. v. 13.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

Rússia - 1ª parte

Origem e formação de um império

Hugo Hortêncio de Aguiar

Sumário

1. Introdução. 2. Cenário. 3. Resumo histórico. 4. Os personagens. 5. Comentários conclusivos sobre os períodos.

1. Introdução

Em sentido mais abrangente, queremos considerar, com o título acima, o verdadeiro continente Eurasiático (parte na Europa e parte na Ásia), que constituiu o antigo Império Russo e depois a União Soviética, atravessando no momento um período de democratização¹, ainda com certas indefinições, naturais de uma grande mudança política. Também estamos incluindo nas considerações as Repúblicas que se tornaram independentes com a dissolução da União Soviética e passaram a constituir a CEI (Comunidade dos Estados Independentes), com exceção, naturalmente, dos Países Bálticos (Lituânia, Letônia e Estônia).

Os povos que habitam esse imenso território constituem mais de 170 subgrupos étnicos (dos quais conseguimos localizar mais de uma centena) e têm vivido uma odisséia de migrações, invasões, massacres, servidão, conquistas, sofrimentos, revoluções e guerras. Embora Tolstói tenha expressado em *Guerra e paz*² que “descrever exatamente a vida, não somente da humanidade, mas de um simples povo, parece impossível”, vamos tentar dar uma impressão geral desse colosso territorial e dos povos que mais

Hugo Hortêncio de Aguiar é militar reformado e professor de línguas e culturas do Oriente Médio e das ex-Repúblicas Soviéticas.

diretamente participaram e continuam a participar do drama medonho e apaixonado que tem sido a história da Rússia.

Por ser a matéria vasta, não podendo ser contida num só artigo, dividimos o tema em três partes, sendo este artigo a primeira, com as indicações humanas, geográficas e históricas respectivamente necessárias para a identificação dos atores, cenários e fatos compatíveis com esse drama.

Como os leitores já perceberam pelo artigo anterior, "Israel – Estado e religião" (RIL n. 153), procuramos sempre evitar dissertações monótonas, facilmente encontradas em publicações sobre o assunto. Tentamos focalizar aspectos especiais e, mesmo, curiosos, que somente o domínio do idioma e o conhecimento pessoal da área podem captar. Também procuramos, sempre que há espaço, fazer uma correlação entre os poderes formadores da estrutura de uma nação estudada, evitando, como norma, avaliações pessoais, projetando somente os enfoques históricos tradicionalmente aceitos como comprovados.

Assim, no final desta primeira parte, fazemos um superficial comentário sobre a legislação na Rússia tsarista, mas com exemplos curiosos sobre a aplicação e a observância dessa legislação. Na segunda parte, "A Revolução Comunista e os seus Líderes", os próprios leitores tirarão as conclusões quanto à incoerência na aplicação das leis e à falta de tradição de um órgão legislativo. Na terceira parte, "Estrutura Político-Administrativa-Conclusão", então será apresentado o quadro geral do Sistema de Governo da Ex-URSS, a correlação de poderes e as dificuldades imensas que a democratização da Rússia vai enfrentar por muitos anos ainda.

2. Cenário

Nas considerações seguintes, estamos levando em conta os territórios acrescidos com a formação da Ex-URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) ou desmembrados com a sua dissolução em 1991, pois es-

tamos seguindo o conceito expresso na Introdução. Em qualquer das alternativas, a Rússia é o país mais extenso do globo. Compreende 11 fusos horários, desde o Estreito de Bering, a Leste, até o limite com a Estônia, a Oeste, isto é, quase metade dos 24 fusos horários do globo terrestre.

Quanto à latitude, estende-se desde o paralelo 45° Norte até o Oceano Glacial Ártico, o que vai trazer muitas implicações climáticas. Só estamos apresentando dados que se traduzam em conseqüências práticas significativas.

Assim, já podemos focalizar um quadro curioso: se embarcarmos num avião de grande porte, em Petropavlovsk (um grande aeroporto na Península Kamtchaka, no Mar de Bering), às 7 horas da manhã e viajarmos para Moscou, diretamente ou com uma escala no máximo, chegaremos à Capital mais ou menos às 6 horas da manhã, quer dizer, *uma hora antes da partida*, depois de uma viagem de oito horas de duração e de mais de 6.000 Km de distância. Vamos tomar café de novo em Moscou, mas só o *cafezinho*, pois já nos serviram o desjejum e o almoço a bordo do avião. Entre as duas cidades, há uma diferença de nove fusos horários ou nove horas. Sobre enormes distâncias e áreas não falaremos mais no momento. Com a idéia de dar uma certa ordenação no trabalho e, principalmente, para não esquecermos pormenores imprescindíveis na apreciação do cenário, vamos seguir a ordem tradicional no estudo dos fatores fisiográficos, mas com o cuidado de abordar só os pontos interessantes.

Em face de sua imensa área, que chegou a ser aproximadamente três vezes a do Brasil, quando União Soviética, a Rússia é um país de altitudes modestas. As montanhas estão situadas ao Sul, a maioria nos territórios das Repúblicas da Ásia Central e nos Montes Altai, onde as altitudes chegam a ultrapassar 4.000 m. Fora isso, somente alguns picos no Cáucasso, nos Cárpatos e na Sibéria Oriental atingem altitudes médias. Em contrapartida, o restante do território é

planície ou “plateau”, recebendo sem nenhum anteparo a influência de todos os fatores que favorecem o frio, provenientes do Glacial Ártico e, mesmo, do Pólo Norte, tais como ventos, reflexos das correntes marítimas, pressões atmosféricas, etc. As únicas elevações que poderiam barrar esses fatores seriam os Montes Urais, pela sua forma de cadeia de montanhas. Eles dividem geograficamente a Rússia Européia da Sibéria, mas não são muito altos e, principalmente, estão dispostos no sentido Sul-Norte, perpendicularmente à direção predominante dos ventos do Norte.

Desse modo, podemos dizer que a Rússia é uma imensa planície fria, e agora já compreendemos por que lugares em latitudes não muito polares são muito frios. A latitude é o fator mais importante na avaliação da temperatura do ar, mas não é o único.

Uma área tão vasta teria de ser cortada por caudalosos rios e apresentar uma densa rede fluvial. E isso é verdade: aproximadamente 400.000 Km. Os rios possuem uma apreciável capacidade de geração de energia hidrelétrica. Apresentam, contudo, duas deficiências sensíveis: a primeira é gelarem durante três ou quatro meses no inverno; a segunda é a poluição. Com exceção do Volga, que desemboca no Mar Cáspio, os outros três maiores rios, o Obi, o Ienissei e o Lena, na parte asiática, cujas águas deságuam no Glacial Ártico, freqüentemente apresentam em seus estuários níveis de poluição elevadíssimos, e o que é pior, sem reversibilidade em curto prazo. Quando isso acontece, tudo fica parado, e os efeitos negativos são severos no clima e na vegetação. Essa navegabilidade restrita a certos períodos do ano e a disposição transversal dos grandes cursos d’água não favoreceram a conquista da Sibéria. A construção da ferrovia Transiberiana, assimilando a região de Vladivostok, foi uma necessidade para solução de vários fatores. Quanto a lagos, a Rússia é privilegiada. Possui muitos como o Ládoga, o Ônega, o Balcash e o Baical, sendo este último considerado uma das mara-

vilhas do mundo. Até o Mar Cáspio, por suas características, é considerado o lago de maior superfície do globo.

Com relação a oceanos e mares, a imagem é outra. As considerações que vamos fazer seriam mais apreciadas no período da “guerra fria”, não temos dúvida. Porém, como a cultura não tem idade nem oportunidade, é sempre bom sabermos as razões que motivaram atitudes passadas na história das nações. Além disso, este estudo favorece a memorização porque está motivado e, o que é melhor, traz mais uma dose de “know how” na análise de outros cenários estratégicos, alertando para que nem todos os elementos da política internacional são publicados na imprensa comum e que o julgamento de uma situação aparente pode ser errôneo.

Realmente, os “mares quentes”³ que a Rússia possui são todos “confinados”, com exceção do Mar de Okhotsk, entre a Ilha de Sacalina e a Península de Kamtchaka. Mesmo assim, a saída é pelas Ilhas Kurilas, outrora pertencentes ao Japão e quase todas ocupadas pela União Soviética após a 2ª Guerra Mundial. Quanto aos outros mares, vejamos:

A Esquadra Russa em Vladivostok, grande base naval no Oriente, não poderia sair pelo Sul e pelo Nordeste, porque teria que atravessar o estreito da Coreia, entre a Coreia do Sul e o Japão, e os estreitos de Tsugaru e de la Perouse, controlados pelo Japão. O único caminho marítimo para os “mares quentes” do Oceano Pacífico é pelo Mar do Japão, o estreito dos Tártaros (entre a ilha Sacalina e o continente asiático), o Mar de Okhotsk e as passagens das Ilhas Kurilas. Essa volta enorme para o Pacífico resulta num acréscimo de mais de 2.000 Km, e daí a importância das Ilhas Kurilas para a Rússia. Há outras razões para a disputa, mas a principal é a apontada acima.

A Esquadra do Mar Negro também estaria confinada pelos estreitos de Bósforo e Dardanelos, controlados pela Turquia, que está numa posição geográfica privilegiada, de alto valor estratégico, entre os Balcãs, a Rússia e o Oriente Médio, explicando isso

muitas guerras passadas e o “peso” de seus representantes na mesa de negociação internacional.

No Mar Báltico, a Esquadra Russa de São Petersburgo (na época da hipótese: Lenigrado) também não poderia sair, pois teria que enfrentar os estreitos de Kattegat, entre a Dinamarca e a Suécia, e o estreito de Sca-gerrak, entre a Dinamarca e a Noruega.

Então, só restaria o Oceano Glacial Ártico, com sua saída pelo Mar de Barents, com o porto de Murmansk aberto à navegação o ano inteiro. Essa condição de degelo é devida à corrente do Golfo do México, que, somada às correntes quentes do Atlântico Norte, mantém o Mar de Barents quase sempre em condições de navegabilidade⁴.

Isso joga com o conhecimento já existente sobre um corredor submarino por aqueles mares, não sendo o acidente noticiado com o submarino nuclear russo o único ocorrido. Há um outro caminho para os “mares quentes”. É percorrido abaixo da superfície do Oceano Glacial Ártico, cruzando o Pólo Norte até atingir o estreito de Bering, passando ao Pacífico. Esse percurso corresponde a mais ou menos 9.000 Km se utilizada a rota marítima já balizada. Com tempo bom, uma Força-Tarefa naval⁵ levaria no mínimo uma semana para atingir aquele Oceano, partindo das proximidades de Murmansk. Para a navegação de cabotagem, de pequenos barcos, margeando o litoral, o percurso é de mais de 30.000 Km, tal o número de baías e enseadas. Por conseguinte, a travessia do Glacial Ártico sempre foi um problema e, com relação a “mares quentes”, a situação da Rússia não é nada invejável.

O clima sempre foi o maior inimigo dos exércitos que invadiram a Rússia. Napoleão e Hitler que o digam. Quando abordamos a *orografia*, ressaltamos as causas de tão baixas temperaturas, particularmente na Sibéria. Porém há regiões do país onde o clima é subtropical e há, mesmo, áreas de clima tórrido. Tomemos um exemplo para cada extremo: Na Sibéria, há uma república autônoma chamada de Iakútia, cuja temperatu-

ra atinge níveis mais baixos que no Pólo Norte. No inverno, o termômetro chega a marcar 70° abaixo de zero. O ar da respiração humana, quando expelido, transforma-se imediatamente em vapor de gelo. Por outro lado, na Turcomênia, agora uma república independente, no deserto de Karakum⁶, já foi registrada a temperatura de 51° à sombra, porque ao sol os termômetros não funcionam normalmente, tal o calor.

Todavia, de um modo geral, a Rússia é muito fria e o efeito é grande sobre as vestimentas. Na parte asiática, na Sibéria, no inverno, não adianta querermos enfrentar a natureza com casacos de lã “adquiridos em Foz do Iguazu”. Eles têm que ser de peles de animais. A argumentação é simples: se não usarmos, morreremos de frio. Os ambientalistas, porém, podem ficar descansados. O problema sempre foi tratado, na Rússia, em qualquer sistema de governo, com muita seriedade.

Com relação à exploração da vegetação do território, e diferentemente das estepes do Oeste, extremamente férteis e viáveis economicamente, há, no lado asiático, duas dificuldades importantes a considerar. Primeiro, a dificuldade de recuperação das árvores adultas, na floresta Norte-Siberiana, conhecida como “Taigá”, por causa do frio e das condições poluentes. Certas espécies, quando cortadas próximas ao solo, levam um século para a recuperação do porte anterior. Segundo, um monitoramento da riqueza da fauna, na região mais para o Sul e o Leste, esta de vegetação menos densa, permeável, tendendo para a savana e a estepes, onde proliferam animais como o tigre de Amur – o maior felino da terra, maior do que o leão – e o urso pardo. Maior riqueza ainda vê-se nas margens do lago Baical, onde a vegetação ciliar abriga martas zibelinas, lontras, raposas azuis, todos esses animais de pele raríssima. Todas essas espécies são criadas em cativeiro para reprodução e comércio, e a sua caça é controladíssima. Não há espécies em extinção, a não ser o tigre por motivo de desmatamento⁷.

Embora a floresta do Norte da Rússia, do Mar Báltico até o estreito de Bering, seja a maior do globo, não é tão densa e rica de oxigênio como a Amazônia ou a Mata Atlântica brasileiras, e o crescimento anual de madeira na Sibéria é muito mais lento que nos países tropicais. A vegetação, na Sibéria, não somente a floresta mas também a tundra, que é rasteira, é muito vulnerável.

3. *Resumo histórico*

Os primeiros habitantes da Rússia não são muito antigos. Não estamos nos referindo ao hipotético tronco comum Indo-Europeu, desdobrado em dois ramos étnicos: o do Leste, o Indo-Ariano, e outro do Oeste, que abrigava o nosso conhecido grupo Latino. Falamos dos Eslavos, ponta dos Arianos, que já habitavam há vários séculos as regiões próximas do Mar Negro e só mais tarde se dispersaram pelos Cárpatos; para Oeste, formando, no futuro, as nações Tcheco-Eslováquia e Polônia; para o Sul, deram origem a Sérvios, Croatas, Macedônios, Montenegrinos e Búlgaros. Entretanto, para Leste, a fixação dos russos só se realizou lá pelos 400-500 AD, pelas margens do Dnieper e foram grupados em três blocos distintos: “Ucranianos”, “Belorrussos” e “Russos” propriamente ditos.

A área invadida teve como centro uma cidade que tomou o nome de Kiev, e o território ao redor foi chamado *Rus*, origem de um Estado a que se chamou Rússia Kieviana.

A situação geográfica do território, entre o Ocidente, o Oriente e o Império Bizantino ao Sul, como entreposto comercial entre um e outro lado do mundo, favoreceu o crescimento de Kiev com tal intensidade que pressionou a expansão de contingentes humanos para o Noroeste e o Norte, com centros populacionais surgindo para a formação das futuras Ucrânia e Bielo-Rússia⁸, esta última mais próxima do Mar Báltico, migração essa acelerada com a invasão mongol.

O esplendor Kieviano desmoronou-se por várias razões: 1 – destruição do Império

Bizantino pelos Cruzados (1204 AD); 2 – surgimento de uma nova rota comercial por Veneza; 3 – invasão tártara lá pelos 1218-1219 AD, decisiva para a decadência da Rússia Kieviana.

Os Russos do subgrupo mais de Leste, que depois se deram o título de “grandes Russos”, fugiram dos mongóis para as cabeceiras do Volga, terras férteis, onde foi fundada a cidade de Moscou ainda no século XII, centro da Rússia Moscovita ou *Moscóvia Russi*, a princípio entidade étnica, anos depois também política. Sob o poder de Ivan IV, o Terrível, iniciador do tsarismo em 1547, a Rússia passou, como Estado, a se comunicar com a Europa. Esse monarca, conhecido por sua crueldade, foi favorecido pela dinastia dos Príncipes com o nome de Ivan I, II, III, que preparou caminho para o absolutismo, repeliu os tártaros e, ao mesmo tempo, diminuiu o poder da Igreja (Igreja Ortodoxa Russa) e foi minando a influência dos nobres. Foi por essa época que se iniciou a expansão pela Sibéria. Depois de Ivan IV, o Terrível, a dinastia ainda continuou, até que o país passou por um fase de decadência, ocasião em que atingiu a plenitude o absolutismo do então Tsar⁹, que impunha uma escravidão selvagem.

O domínio mongol já havia terminado então, mas alguns traços culturais desse povo ficaram como modelo, enquanto a Europa já se preparava para os primeiros arancos do liberalismo.

A Rússia prolongava a Idade Média além de seu período cronológico e esse estado de coisas só mudou um pouco com a ascensão ao poder de Pedro, o Grande, que foi um monarca excepcional para o tempo em que viveu e reinou. Ele foi um reformador, contudo inspirado pelo lado prussiano do imperialismo europeu. Dominado pela idéia de ocidentalização, transferiu a capital de Moscou para São Petersburgo (Cidade de São Pedro) em 1721 AD. O que tornou Pedro, o Grande, um exemplo para os governantes russos – dizem que até para Stalin –, foi a organização do Exército Imperial, em

moldes inéditos até então. Os critérios adotados foram: 1 – obrigatoriedade do serviço militar para todas as classes; 2 – disciplina adequadamente conduzida; 3 – o civismo e o patriotismo como motivações principais; 4 – promoções justas e sem privilégio de nascimento; 5 – Escolas de Formação de Quadros (oficiais e sargentos) bastante evoluídas nos métodos de ensino; e 6 – Curso de estado Maior de fazer inveja a muitos similares de países europeus.

Com a fundação de São Petersburgo no início do século XVIII e sua transformação em capital em 1721, caracterizou-se a fase da *Rússia Petersburguense*, até a Revolução de outubro de 1917.

Esse período foi marcado pela “ocidentalização” da Rússia de Pedro, o Grande, uma verdadeira obsessão para aquele tsar.

Com a transferência de Moscou para São Petersburgo, parecia que as coisas iriam tomar um rumo certo ou organizado. Com a morte de Pedro, o Grande, porém, e a ascensão ao poder de Paulo I, dos Alexandre I, II e III, e dos Nicolaus I e II (a sucessão é noutra ordem), toda a organização anterior desabou. Houve certos episódios que poderiam dar valor bem positivo ao período, quais sejam: 1 – a abolição da servidão com Alexandre II; 2 – a retirada de Napoleão Bonaparte, em consequência do aliado climático, mas também auxiliado, em não menor escala, pelo patriotismo do soldado russo; 3 – a afirmação da Rússia como “potência” europeia, conceito que foi desfeito pouco tempo depois, verificada a fragilidade dessa nação como um todo.

Mesmo com algumas realizações práticas, nada evitou a decadência no século XIX. Poderíamos citar, como exceção, a Ferrovia Transiberiana, uma obra de fôlego, realizada com as facilidades de material de construção e mão-de-obra barata, porém iniciada “sob inspiração” do governo alemão.

Quanto às inúmeras desvantagens da transferência da capital para o litoral, vamos citar as principais: 1 – Tendo adotado a “filiação” europeia, a Rússia Petersbur-

guense passou a assimilar a cultura ocidental europeia, como as intrigas palacianas, os acordos militares e suas consequências bélicas¹⁰ e, ainda, desajustes com os círculos religiosos¹¹; 2 – O tsarismo mais se distanciou do camponês, que foi o eterno problema dos absolutistas. Mesmo com a abolição do trabalho servil em 1861, foi instalado o regime de “mir”¹², que nada mais era do que o embrião do trabalho agrário comunitário, muito depois aproveitado por Israel com sucesso.

Foi pior a “emenda do que o soneto”. O camponês, antes miserável e inculto, passou a ser ainda mais explorado pelos representantes do poder, que, fraudulentamente, dirigiam as cooperativas. Passou, ele, agora “corporativizado” e descontente, a clamar pelos movimentos grevistas, mais de quinhentos depois da abolição, tornando-se presa fácil dos revolucionários, algumas décadas depois.

Assim, o século XX vai encontrar a Rússia numa situação caótica, com o exército desintegrado, a população descontente e miserável.

Quanto à organização político-administrativa, podemos dizer que, apesar das idéias liberalizantes já em curso no Oeste europeu, a Rússia já apresentava “proforma” a tradicional textura dos Poderes e instituições tradicionais, mas para uso externo, quase que um modelo melhorado do período moscovita. Resumindo, essa aparente estruturação de tipo liberal não podia ter muita consistência política e logo em breve a nação apresentaria a sua fragilidade como um todo. A quantidade e a diversificação de órgãos dos Poderes não têm valia, se em detrimento da independência e a qualidade de seus representantes.

Por exemplo, a DUMA¹³ já havia existido desde o tempo dos “boiardos”¹⁴, mas o processo de escolha dos seus representantes era autocrático, e as leis dela decorrentes eram destinadas ao benefício dos proprietários de terra. A DUMA de Kerenski, a quarta instituída por Nicolau II, e que abrigava

diversas tendências, também não tinha qualidade, pois não sabia o que queria, e também foi dissolvida, dessa vez pelos revolucionários de 1917.

4. *Os personagens*

Estamos considerando como “personagens” os inúmeros subgrupos étnicos que habitavam e ainda habitam o imenso palco multinacional formado pelo Império Russo e Soviético, mas ressaltaremos apenas os participantes mais diretos dos principais episódios. Seria impossível fazer referência a tantas nacionalidades, mesmo porque, na maioria, são povos de línguas difíceis, com nomes consonantais complicados para leitores de línguas latinas, e até povos cuja transliteração mais aproximada tem quatro consoantes e apenas uma vogal, como o subgrupo Nivkh.

Os russos

Assim sendo, vamos começar naturalmente pelos russos, cujo subgrupo se dividiu em “ucranianos”, ou “pequenos russos”, os “Belorrussos” ou “russos brancos” e os “Russos de Moscou”, ou “grandes russos”¹⁵.

Os Ucrânianos habitam a Ucrânia, o país mais populoso depois da Federação Russa, e seu traço cultural predominante é o nacionalismo, que tem acarretado ao país muitos aborrecimentos para com essa Federação. A língua falada, o ucraniano, do ramo eslavônico, teve o seu alfabeto, cirílico tal qual o russo, modificado do russo padrão desde 1200 AD. Essa língua possui uma literatura muito lendária e pontilhada de heróis. A Ucrânia suportou o maior impacto da dominação mongólica, entretanto Kiev, sua capital, permanece até hoje como um grande centro cultural e industrial.

Os Russos brancos ou Belorrussos não tiveram um papel destacado na formação do Estado russo, mas, tratando-se de um subgrupo, é interessante sabermos que direção tomaram. Na fuga ao domínio mongol, preferiram a direção Noroeste e as regiões

próximas do Mar Báltico, onde fundaram muitos centros populacionais e sempre estiveram em contato com os poloneses e os bálticos. Ao contrário dos ucranianos, sempre foram também tradicionalmente ligados a Moscou. Sua posição geográfica forçou a participação da futura Bielo-Rússia nos interesses moscovitas, o que os fez sofrer diretamente os efeitos das invasões recíprocas entre Leste e Oeste.

Os Russos de Moscou ou “grandes russos” formaram a atual Rússia e falar deles é imprescindível porque foram os personagens presentes em todos os episódios, desde a sua instalação em Kiev, passando por Moscou, São Petersburgo e, novamente, Moscou. Até agora, em todos os períodos da história, o povo russo foi vítima da opressão. Seu sofrimento já é uma tradição histórica. Na Rússia Kieviana, sofreu, desde o início da instalação, que coincidiu com o início da Idade Média, uma opressão dos principados do Rus, com centro em Kiev, num regime de servidão mais atrasado que o da Europa feudal. Essa situação foi um pouco arrefecida com a chegada dos primeiros missionários cristãos da Igreja Ortodoxa, lá pelos anos 800 AD.

Com os russos já em expansão, a invasão tártara em princípios do século XIII apressou a fuga para as cabeceiras do Volga, terras férteis, mais distantes do Leste e que ofereciam condições mais adequadas para uma futura defesa mais efetiva no caso de aprofundamento da invasão tártara.

De fato, a previsão fora realizada. Na batalha de Kulíkov, ao Sul de Moscou, o Grão Príncipe de Moscou, Dmitri Donskói, derrotou os tártaros e conseguiu uma vitória tão retumbante que definiu o início da resistência russa à pretensão dos invasores de investir para o Norte.

Todavia, por outro lado, o regime feudal continuou em toda a sua plenitude, só perdendo sua prepotência para o absolutismo monárquico.

O Russo de Moscou, ou “grande” russo, nessa época, já podia ser caracterizado por

um perfil psicossocial assim definido: 1 – *submisso*, mecanicamente disciplinado por um poder central cada vez mais absolutista; 2 – *místico*, em função das enormes áreas, da natureza pujante com todos os seus aspectos fisiográficos, tais como neve, rios, montanhas, lagos, florestas, climas extremados, proporcionando ambiente favorável para a criação de fantasias, lendas ¹⁶, entidades sobrenaturais, isso tudo atuando fortemente sobre os traços culturais. Outro fator influente foi a herança mística dos antepassados, tendo como elo a chancela religiosa de Igreja Ortodoxa Russa; 3 – *sentimental*, devido, talvez, ao sofrimento interminável experimentado. Esse sentimentalismo, observado em toda a cultura eslava, é facilmente detectável na composição de músicas populares, algumas tornadas mundialmente semiclássicos como “Olhos Negros”, “Duas Guitarras”, “Noites de Moscou”, editadas muito mais tarde de sua concepção, e muitas outras similares, todas em tonalidades menores, o que é um indicativo de melancolia, dor e sentimentalismo.

Queremos encerrar dizendo que os russos, como gênio militar (líderes como Napoleão, Montgomery, etc.), têm uma história muito modesta, tendo em seu acervo apenas vitórias isoladas. Em compensação, as heróicas resistências de Leningrado, Stalingrado, para a defesa do solo pátrio, caracterizam o máximo de resistência ao sofrimento, o espírito de sacrifício e o patriotismo.

Os chuvash

Esse povo constitui um subgrupo étnico muito pouco numeroso, e os autores russos em geral não lhe dão muita projeção. Falam uma língua ligada ao grupo Fino-Úgrico, que muitos estudiosos querem relacionar com o grande tronco Altaico, via grupo Urálico.

Realmente, numa pesquisa mais aprofundada, vamos encontrar pontos de contato com o Altaico. Seu perfil racial, sem dúvida alguma, é mongólico. Não sabemos muito de suas origens, e seu papel na odisséia russa foi mais de vítima, tanto dos tártaros

quanto dos russos escravagistas. Sua inclusão como povo-personagem ativo deve-se simplesmente ao fato de o pai de Lenin, Iliá, dele descender – a mãe, Maria Blank, tinha dupla ascendência européia, alemã e sueca. Por serem as famílias russas estruturalmente patriarcais, Lenin levava o patronímico – o sobrenome – e o nome de família do pai. Isso lhe trouxe certos constrangimentos futuros, cujos pormenores comentaremos no segundo artigo “A Revolução Comunista e os Seus Líderes”.

Os tártaros

Outro subgrupo de atuação relevante é o “tártaro”, também chamado “tátaro”. É um povo originário de tribos semibárbaras da província de Tian-Shan, do Noroeste da China, do Turquestão, e mesmo de algumas regiões da Ásia Central e do Kazaquistão. Essas tribos eram chefiadas por um Khan (chefe guerreiro), quase todos semi-analfabetos. Viviam da caça e das pilhagens. Dos povos não eslavos, é o segundo mais numeroso do ramo lingüístico Altaico, falando uma linguagem túrquica, isto é, tendo o idioma turco como base, mas com diferenças regionais sensíveis. Seminômades, estavam permanentemente em guerra. Cavaleiros excelentes e arqueiros habilidosos, praticavam invasões de terra (sem uma liderança organizada, razão por que, quando irrompiam em alguma localidade, com matanças, pilhagens e saques desordenados, infundiam o terror).

Os “tártaros” dispersaram-se por grande parte da Sibéria e parte da Rússia Européia, a princípio por nomadismo, porém, depois do século XX, porque foram forçados a isso. Não eram, no século XX, bem vistos por Stalin, que deportou alguns deles da Criméia¹⁷ para o Oriente. Outra parte ficou “confinada” na República Autônoma da Tatária. Com a morte de Stalin, foram inocentados do pretense crime de terem cooperado com os nazistas.

Há uma certa confusão na interpretação dos termos “tártaros” e “mongóis”. Os dois pertencem ao grande grupo étnico-lingüís-

tico Altaico, que compreende os subgrupos Mongol, Mandchu-Tungu e Túrquico. São da raça mongolóide, cuja característica somática mais notória é uma prega ou dobra na pele, sobre os olhos, fazendo-os aparentar obliquidade. Ambos têm relativamente o mesmo grau de cultura prática. São bons cavaleiros e arqueiros e grandes guerreiros.

As diferenças são as seguintes: 1 – os dois subgrupos falam idiomas distintos; os mongóis falam, naturalmente, o mongol¹⁸, e os tártaros falam uma linguagem túrquica; 2 – os mongóis são provenientes da Mongólia, enquanto os tártaros têm origem em várias regiões asiáticas; 3 – os mongóis tinham uma liderança expressiva e organizada, o que deu à nação mongólica personalidade política em suas lutas, inclusive contra grandes dinastias como as da China, além de ter projetado ao mundo Genghis-Khan (Chefe Universal), que uniu todas as tribos da Mongólia e organizou um verdadeiro e invencível Exército.

Genghis-Khan, ou Temuchin de nascimento, reuniu sob a bandeira dos mongóis todas as tribos tártaras da Sibéria, do Kazaquistão ao Mar Negro, e se aventurou até o Leste europeu, fundando o Império Mongol, se não o mais extenso em área, o de maior comprimento, pois ia de Pequim até Budapeste, na Hungria, atingindo cerca de 10.000 Km. Atualmente, a opinião geral é de que ele não era somente um grande guerreiro, mas um extraordinário chefe político e administrador.

Vamos citar dois exemplos: como guerreiro, utilizou, com sucesso, a comunicação por mensageiros montados que, a toda velocidade do cavalo, se revezavam nos postos de muda, antes balizados. Os próprios mensageiros já puxavam cavalos de muda, para qualquer imprevisto. Assim, quando outros grupos armados levavam até um mês para transmitir uma mensagem, o chefe mongol levava uma semana.

Como político e administrador, Genghis-Khan agia da seguinte maneira: após o massacre inicial, marca da época, organizava

as pilhagens para suprimento futuro de sua tropa, reunia os anciãos da cidade, entregava-lhes a administração, contanto que pagassem os tributos e o apoiassem nas futuras passagens pelo lugar. Conseguia, desse modo, o apoio e a simpatia dos nativos e, o que é de muita importância, não desfalcava as fileiras combatentes, desviando guerreiros para funções administrativas.

Finalmente, queremos ressaltar o personagem mais curioso: os cossacos.

Os cossacos

Eles não eram propriamente um subgrupo étnico. De origem eslavônica, constituíam-se um ajuntamento sócio-econômico de pequenos camponeses, estabelecidos particularmente nas estepes ucranianas e tornados combatentes por necessidade. Modestos proprietários de terra, organizaram-se em comunidades para a defesa comum e chegaram a formar um exército particular, mais tarde profissionalizado e que prestou serviços ao tsarismo na conquista da Sibéria e contra os bolcheviques¹⁹.

Excelentes cavaleiros, eram conhecidos pela independência, refutando qualquer autoridade central. Havia uma hierarquia própria, com ótimo relacionamento entre os líderes e a tropa.

Apesar de apresentarem certa similaridade com os beduínos, os nômades do deserto, viviam, porém, em um ambiente natural muito mais aprazível, eram proprietários, embora pequenos, e tinham uma verdadeira paixão pela terra natal, enquanto aqueles praticavam o nomadismo por necessidade, em função da pobreza e aridez do solo. Poderíamos dizer, sem grande erro, que o cossaco era o beduíno abastado das estepes.

O cinema e a literatura o têm caracterizado como um tipo aventureiro, romântico, apreciador da vodca e de guitarras. É possível que em certas ocasiões assim o fosse, para contrabalançar a vida ativa levada na lida braçal com a terra, o que lhe dava um temperamento rude, irreverente e sem refinamento cultural. Mas eram valentes e leais.

Para ilustrar melhor a imagem, nada mais oportuno que um fato, pois contra fatos não há argumentos. É um episódio curiosíssimo relatado a nós por um ucraniano autêntico, de quem recebemos uma cópia do manuscrito em língua ucraniana. Fizemos a tradução conjuntamente para o português. Temos a impressão de que esse episódio, com alto grau de probabilidade de ser real, pode ter sido alterado em algum pormenor no seu relato, pois data de muito tempo atrás, todavia define bem o espírito cossaco:

Em 1680, O Império Otomano Turco estava em decadência e vivia em constante luta contra a Rússia, sendo um dos pontos de atrito a região fronteira da Podólia. Havia contenda por uma certa elevação da Região. Os cossacos eram liderados por um guerreiro chamado Ivan.

Os turcos enviaram aos cossacos a seguinte mensagem (em ucraniano). “Eu, Sultão Turco, filho de Maomé, irmão do Sol e da Lua, neto e descendente de Deus, Senhor dos Reinos da Babilônia, de Jerusalém²⁰, do Grande e do Pequeno Egito, Rei dos Reis, Senhor dos Senhores, cavaleiro excepcional que ninguém venceu, guarda perpétuo do caixão de Jesus Cristo, curador do próprio Deus, esperança e consolação dos muçulmanos, assistente e grande defensor dos cristãos, ordeno-vos, Cossacos Zaporójskie²¹, que vos rendais a mim voluntariamente e sem qualquer resistência, e não me façais perder a calma com vossos ataques.” Sultão Turco Mohamed IV.

Resposta dos Cossacos. “Tu, Diabo Turco, do demônio maldito irmão e camarada, e secretário do próprio Lúcifer. Quem és tu, guerreiro do Cão? O Diabo vai expulsar e queimar a tua tropa. Não terás condições de dominar os filhos cristãos. Tua tropa não tememos. Combateremos contra ti na terra e na água. És cozinheiro da Babilônia, esfolador de cabras de Alexandria, pastor de porcos do Grande e do Pequeno Egito, suíno da Armênia, cartucheira tártara, carrasco de pedra, filho de ladrão da Podólia, neto da própria serpente, palhaço do mundo intei-

ro e das profundezas, bobo de nosso Deus, ... (impublicável) de égua, cachorro vira-lata, besta pagã, que o Diabo te carregue! Assim os cossacos cuspiendo te respondem, renegado da mãe dos verdadeiros cristãos! Não sabemos de data, pois não temos calendário, o mês (a Lua) está no céu e o ano no Livro! E o dia é o mesmo para nós e para vós. Beije ... (impublicável), que nós temos.” Chefe Ivan, líder de todos os chefes “zaporójskie”.

5. Comentários conclusivos sobre os períodos

Feito esse resumo de uma área continental tão vasta e de uma paisagem humana tão marcante, podemos imaginar que tipo de estrutura político-administrativa poderia atender tanta imensidão geográfica e tantas nacionalidades diversas. Melhor dizendo, talvez concluiríamos que nenhuma organização estatal suportaria um encargo de tais dimensões. Não nos esqueçamos que foram ressaltadas apenas algumas nacionalidades de mais de uma centena que existem.

O período kieviano

No período da Rússia Kieviana, que correspondeu ao da Idade Média, o modelo administrativo era mais atrasado que o nascente feudalismo a se instalar na Europa Ocidental e vinha mesclado com ingredientes ainda mais odiosos: a herança dos sistemas despóticos orientais trazidos pelos eslavos e o fatalismo religioso a que não escaparam os missionários cristãos da Igreja Ortodoxa Russa, já nos anos 800-900 AD, em que a salvaguarda da vida futura justificava qualquer sofrimento terreno. Contudo, é justo reconhecermos a influência da Igreja Russa na moderação da consuetudinária legislação do trabalho, de caráter puramente utilitário, comercial e do tipo contrato-pessoal.

Em que pesem os aspectos nefastos, a situação de Kiev era privilegiada, constituindo-se em uma região progressista até a invasão mongol²² dos princípios do século XIII. Essa invasão impôs traços culturais negati-

vos e positivos que impregnaram a mente dos governantes russos. Lembremo-nos que, a essa altura dos fatos, os russos não tinham adquirido ainda nem identidade nacional²³ quanto mais personalidade política. Sendo assim, aquela invasão, responsável pela fuga definitiva para as cabeceiras do Volga, foi a mola mestra da formação do futuro Império Russo (esse, um dado positivo).

O período moscovita (século XIII ao XVIII)

Com a expansão para as cabeceiras do Volga, a fundação de Moscou e após algumas vitórias locais como as do Rio Nevá e a do Lago Peipus²⁴, projetaram-se os primeiros heróis russos, assim como ficou bem definida a *entidade étnica* dos “grandes russos” ou dos “Russos de Moscovia”, apesar da mesclagem com elementos finlandeses, o que deu mais “arianismo” ao tom da pele. A *entidade política* engatinhou com Ivan III, que preparou o caminho para a assunção de Ivan IV, o Terrível, este, de fato, o primeiro tsar russo.

Ivan, o Terrível, acabou com o poder dos nobres, “boiardos”, prosseguiu a expansão pela Sibéria e estabeleceu o centralismo do poder.

Depois desse período, a Rússia passou por uma fase de desagregação, com Ivan V, até a ascensão de Pedro, o Grande, em 1696. Com Pedro, o Grande, vieram as reformas, a política exterior, o estabelecimento de uma legislação rigorosa, o aprimoramento das Forças Armadas e muitas medidas administrativas necessárias para a consolidação do poder.

O absolutismo cresceu, agora inspirado por uma ocidentalização obsessiva, que levou o Tsar a transferir a Capital para São Petersburgo. Por outro lado, o regime de escravidão dos contingentes agrários permanecia no mesmo nível.

O período petersburguense

Com a transferência para São Petersburgo, teve início a Rússia Petersburguense, o período mais curto da formação do Império Russo.

Falando francamente, a Rússia levou para o litoral, com a sua nova capital, todos os defeitos já adquiridos no “Período Moscovita”, quando realmente se concretizara a sua identidade étnica e nacional, e onde se tornara entidade política.

A despeito da aproximação da Corte à velha Europa, de onde se extraíram alguns sucessos na área da tecnologia industrial, prevaleceram os erros importados dos sistemas de governo anteriores, agora em luta mais direta com as idéias liberalizantes. Desses embates, aproveitaram-se posteriormente os líderes revolucionários do século XX.

De modo que, qualquer que fosse o perfil ideológico de uma revolução alteradora do quadro social, ela teria enorme possibilidade de êxito, mais pela fraqueza do poder constituído do que pelos méritos dos revolucionários.

É o que vamos observar na segunda parte parte do nosso artigo: “A Revolução Comunista e Seus Líderes”, em breve edição da Revista de Informação Legislativa.

Notas

¹ Entendido, no presente trabalho, esse termo conforme a visão ocidental.

² *The concord desk encyclopedia*. v. 3. p. 1225.

³ Águas que permitem operações em condições normais ou movimentos comerciais marítimos regulares.

⁴ Quando estávamos realizando uma pesquisa sobre o naufrágio do Titanic, achamos muito interessante uma reportagem da revista *Veja*, de 1986, página 74, que chamava a atenção para o apoio decisivo que a Marinha dos EE UU tinha dado ao mergulhador e cientista Robert Ballard na busca daquele grande navio afundado. Segundo a reportagem, alguns cientistas americanos sugeriram que o objetivo da Marinha americana não seria apenas realizar testes de equipamento de mergulho, mas também de resistência de material do navio a grandes profundidades, e apresentar os dados para fins militares.

⁵ Força-Tarefa naval é um grupo de navios de guerra, devidamente organizado para cumprir uma missão específica.

⁶ Em língua turca: “areia negra”.

⁷ A área de vegetação preferível para o tigre é a savana, por ser rala e transitável. Todavia esse animal também é muito encontrado em florestas coníferas. Para cada um deles, é necessária uma área equivalente a uma “Asa do Plano Piloto”, em Brasília.

⁸ “Belo-Rússia”, diga-se “Bielo-Rússia”, significa “Rússia Branca” e Ucrânia vem da combinação “U Kraiá”, que significa junto à fronteira. A Ucrânia também foi chamada, durante muito tempo, “Malorróssia” (Pequena Rússia), indicando um certo ressentimento tradicional entre os ultra-nacionistas ucranianos e os russos atuais.

⁹ “tsar” é mais correto do que “czar” ou “csar”. A letra inicial é “ts” em russo. Porém as duas formas são aceitas. A palavra “czar” ou “csar” tem origem na tradução eslavônica “késsar”, da palavra “tsézar”, como eram chamados os imperadores romanos, “César” em grande parte da Europa. Como estamos falando de Rússia, vamos dizer “tsar”, embora esse título só tenha sido empregado pelos russos quase 2.000 anos depois da fundação de Roma.

¹⁰ Pedro, o Grande, já naquela época, guerreou com a Turquia pelo acesso ao Mar Mediterrâneo e com a Suécia pelo domínio do Mar Báltico. As buscas por “mares quentes” são bem antigas.

¹¹ Talvez a única coisa que não copiou à Europa foram as manifestações públicas do absolutismo real, que os tsares tinham de sobra. Se Luís XIV, rei da França, precisava dizer “L’État c’est moi” (Eu sou o Estado), os tsares não necessitavam dessa propaganda. Todo mundo já sabia disso.

¹² “Mir” tem dois significados em língua russa. O primeiro é “paz”; o segundo é “mundo”, “universo”, “conjunto”, “comunidade”. É no segundo sentido que deve ser entendido aqui.

¹³ DUMA, em russo, quer dizer “inteligência”, “pensamento”, “idéia”. Um esboço de Parlamento, monitorado pelos proprietários de terra.

¹⁴ “Boiardos” parece ter origem na palavra holandesa “Böers”, que os russos traduzem por “Boiare”. Significa “fazendeiros”. Os “Boiardos” representavam a nobreza de então, constituída pelos senhores das terras, dos feudos.

¹⁵ Essa palavra em língua russa pronuncia-se “velíki” e significa “grandioso”, não propriamente “grande”.

¹⁶ Em todos os países onde a natureza é exuberante acontecem esses fenômenos. No Lago Baical, próximo à cidade de Irkutsk, na Sibéria, um verdadeiro mar de água doce, o número de lendas é significativo, à semelhança das lendas amazônicas em nosso país.

¹⁷ Região Sul da Rússia que limita com o Mar Negro e a Bulgária.

¹⁸ Não confundir com o idioma chinês, que é ideogramático, do grupo lingüístico sino-tibetano.

¹⁹ Bolcheviques: membros do Partido bolchevista. Sobre eles falaremos na segunda parte deste trabalho.

²⁰ Jerusalém já esteve sob o domínio do Império Otomano.

²¹ “zaparójjisque” é um adjetivo plural em russo que significa “além das cachoeiras”. Eram os cossacos que moravam nas margens do Rio Dnieper, do Rio Don, etc., mas abaixo das quedas d’água, ou seja, mais ao Sul.

²² Depois da explicação dada anteriormente, estamos utilizando os termos “mongol” e “tártaro” indiscriminadamente.

²³ Não havia ainda a divisão “grandes russos” ou “pequenos russos”.

²⁴ Principalmente, aqui, a batalha de Kulíkov.

O cartel na legislação antitruste, sua relação com o fenômeno concentracionista (meio ou consequência?) e seus reflexos prejudiciais aos direitos do consumidor

Maria Cecília Mendes Borges, Renata Ferreira da Rocha, Ingrid Rodrigues de Ataíde, Cláudia Salgado Gomes e Andrezza Márcia Medeiros Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Breves comentários acerca da teoria geral dos contratos. 2.1. Contratos internacionais do comércio. 3. Da concentração empresarial. 4. Do controle e dos órgãos por ele responsáveis. 4.1. O surgimento da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) e seus princípios norteadores. 4.2. A Secretaria de Direito Econômico e suas funções. 4.3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): estrutura, funções, modos de atuação e otimização de resultados. 4.4. Principais infrações à ordem econômica, sua apuração e as consequências de sua prática. 4.5. Controle e cartel. 5. Da proteção do consumidor como efeito da política de defesa da concorrência. 5.1. Generalidades. 5.2. Da defesa da concorrência e do consumidor. 6. Cartel: conceito, critérios para sua verificação, implicações para o mercado, competência do CADE. 7. Análise da ação civil pública relativa à cartelização dos postos de combustíveis de Salvador-BA. 8. Conclusão.

1. Introdução

O presente estudo girou em torno da temática da concentração empresarial e seu controle, com enfoque à forma como é colocado em prática, no ordenamento jurídico brasileiro, o controle dos atos concentracionistas e das práticas mercantis em geral. Como forma de exemplificar a efetivação desse controle, foi escolhido o fenômeno do cartel, que, embora não seja uma forma de

As autoras são bacharéis em Direito pela Universidade Federal de Viçosa.

concentração empresarial propriamente dita, pode advir desta (sendo conseqüência) ou até mesmo possibilitá-la (e nesse caso seria meio).

Foram feitas breves considerações sobre a teoria geral dos contratos, os contratos societários e os contratos internacionais do comércio, tendo em vista que os mesmos são formas de corporificação dos instrumentos de concentração empresarial.

Também foram abordados os fenômenos da globalização, mundialização e internacionalização. Sabe-se que, nos dias de hoje, não apenas a palavra *globalização* se tornou lugar-comum, como também esse tema trivializou-se nos meios acadêmicos e na mídia. Isso, entretanto, não dispensa uma rápida abordagem do assunto, tendo em vista o presente estudo, em um contexto do processo de concentração empresarial e seu controle.

O desenvolvimento econômico, a pujança do crescimento empresarial e a expansão das relações comerciais constituem metas a serem atingidas por quase todos os governos. Mas, quando esses fatos de natureza predominantemente econômica beneficiam apenas alguns poucos, causando a devastação e a expulsão da maioria dos agentes econômicos do mercado, o Direito é chamado a restabelecer o equilíbrio. Assim como novas formas empresariais gigantescas foram surgindo, em decorrência do progresso científico e tecnológico e da concentração capitalista, o Direito viu-se também obrigado a engendrar novos institutos, cujas regras fossem capazes de assegurar a harmonia das relações empresariais. No ordenamento brasileiro, o mais eficaz instrumento jurídico de proteção à livre concorrência é a Lei Antitruste (Lei 8884/94), cujo principal objetivo é a manutenção do equilíbrio dos entes no mercado. A lei prescreve medidas tanto de caráter preventivo quanto repressivo.

Na seqüência, será abordada a defesa do consumidor, tendo em vista que esse é um dos maiores prejudicados pela ocorrência de práticas anticoncorrenciais, incluindo-se entre essas a formação de cartéis, além de

casos de concentração empresarial que levam à dominação do mercado, ferindo, portanto, o princípio da livre concorrência e atingindo assim o direito à escolha, assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Cabe ter presente, ainda, que as mudanças na forma de conceber e formular o saber jurídico afetarão diretamente o direito do consumidor, um dos pólos mais dinâmicos da crise experimentada pelo direito moderno.

O Direito considera que a concorrência é um bem que estimula os agentes econômicos, mas costuma supor que os comportamentos que reprime têm efeitos econômicos sensíveis. Um dos objetivos do presente é demonstrar que o Direito da Concorrência tem como uma de suas finalidades a defesa dos interesses e da qualidade de vida dos consumidores.

2. Breves comentários acerca da teoria geral dos contratos

Segundo PEREIRA (1997, p. 2), contrato seria “o acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

Quanto aos efeitos do contrato, podem ser unilaterais, criando obrigações para apenas uma das partes, bilaterais, gerando obrigações e direitos recíprocos e interdependentes para as partes, ou plurilaterais, que são aqueles em que existem várias partes, como é o caso da sociedade (quando da sua constituição, necessita-se que haja convergência de interesses, que no caso são os sócios – ressalte-se que podem existir interesses antagonísticos depois de formada a sociedade).

Quanto ao contrato societário, geralmente, para sua formação, convergem os requisitos de pluralidade de sócios, constituição do capital social e *affectio societatis*.

2.1. Contratos internacionais do comércio

A conceituação do que sejam contratos comerciais internacionais não é tarefa fácil.

Por muito tempo, acreditou-se que a presença de um elemento internacional na relação já configuraria o contrato como internacional. Posteriormente, constatou-se que é preciso que se verifique se esse ente tem condições de internacionalizar tal contrato. Para isso, é necessário que esse elemento assuma relevância tal, capaz de ligá-lo de forma efetiva ou potencial a dois ou mais sistemas jurídicos.

Importante assinalar que os contratos internacionais do comércio apresentam-se de diversas formas, como contrato de compra e venda, de franquia (*franchising*), de *know-how*, de prestação de serviços, *joint venture*, *leasing*, entre outros.

No momento atual dos contratos comerciais internacionais, é dada muita importância à fase de negociações; em caso de ruptura por uma das partes, a outra tem direito a perceber indenização.

Importante anotar a crescente dinamicidade do comércio internacional, fazendo com que novas figuras contratuais surjam, representando novos modelos jurídicos. Entre eles, pode-se citar os abaixo relacionados.

Cartas de intenção: utilizadas em contratos que, para se formarem, necessitam ultrapassar vários obstáculos. São “contratos de negociação, documentos preparatórios ao contrato definitivo, nos quais as partes procuram, por exemplo, fixar os pontos já acordados, consagrar acordos sobre os elementos essenciais do futuro contrato, fixar o prazo dentro do qual as negociações devem-se realizar” (BASSO, 1998, p. 186).

Essas cartas podem assumir diversas funções. Uma delas seria exprimir que as partes ainda não estão decididas para assumir nenhum compromisso e que não haverá nenhuma responsabilidade ao romper as tratativas. Outra seria a de estabelecer os interesses das partes em dar prosseguimento à negociação, mas também com o direito de concluir ou não o contrato definitivo. Também podem dividir as despesas no caso de não conclusão do contrato. Ainda, por

meio delas, podem ambas as partes ou apenas uma delas assumir o compromisso de não negociar com terceiros interessados no mesmo objeto (pacto de exclusividade), o que exprime os deveres de informar, de boa-fé e de minimizar os prejuízos.

Outra função das cartas de intenção seria a de fixar o tempo dentro do qual deve surgir a negociação. Podem fixar também um acordo de segredos ou de estabelecer uma prestação que poderá ser subdividida em partes (manifesta a intenção de posteriormente adquirir outro lote do produto).

Existe também a carta de intenção que visa iniciar a execução do contrato antes de se encerrarem as tratativas, sendo comum em tratativas de construção de instalação industrial. Há, ainda, as cartas que condicionam a eficácia do negócio jurídico a uma condição suspensiva. Por fim, existem as cartas que determinam a responsabilidade das partes quanto às despesas conexas com a negociação.

Lettres de patronage ou comfort letters: “São geralmente firmadas por uma sociedade (...) chamada, na prática, de ‘sociedade controladora’, em favor de um banco, ou outro agente financeiro com a finalidade de que este último conceda um mútuo, ou financiamento a uma ‘sociedade controlada’ pela primeira (firmatária)” (BASSO, 1998, p. 209). Nelas, não existe um conteúdo-tipo; esse é negociado quando de sua celebração, passando a ter eficácia quando da sua execução.

Acordos de segredo: Os efeitos são os mesmos daqueles objeto das cartas de intenção. “O acordo de segredo representa uma obrigação de não divulgar certas informações e conhecimentos confidenciais e representa, na realidade, um contrato autônomo” (BASSO, 1998, p. 233). São contratos temporários e são freqüentes em tratativas de contratos de comunicação de conhecimento tecnológico. Os efeitos podem-se prolongar por um determinado período após a extinção do contrato, dependendo de acordo entre as partes. Vigora o dever de lealdade, ainda que implicitamente. Assim, no caso de vio-

lação, o credor poder-se-á ressarcir dos danos sofridos.

'Bid bonds' ou garantias: Surgiram no comércio internacional devido às desconfianças existentes entre os contratantes, originadas pela distância, pela diversidade das línguas, dos hábitos e costumes de cada país.

As garantias bancárias têm funcionado como elementos incentivadores para os países em desenvolvimento negociarem no mercado mundial, permitindo a expansão do comércio internacional. Assim, travam-se negócios com parceiros sem tradição no mercado mundial por existirem tais garantias. Essas garantias surgem quando o devedor da prestação teme que o contratante não cumpra suas obrigações. Assim, para firmar o negócio, exige uma garantia.

Cláusulas Standards ou Condições Gerais do Contrato: Não importa sua forma de apresentação, nem quem as tenha redigido ou sua extensão. “O que conta (...) é a predisposição para o uso generalizado e repetido pela parte, e a dispensa de negociação para com o co-contratante, o qual a aceita inteira e desde logo” (BASSO, 1998, p. 259). Essas cláusulas obrigam as partes a partir da assinatura (aceitação).

Necessário se faz o controle e o limite dessas cláusulas, para evitar que se incorra em erro e que haja vantagem injusta. Devem-se evitar, portanto, cláusulas não usuais no contrato internacional e aquelas obscuras, redigidas em língua estrangeira, geradoras de confusão, letras muito pequenas, entre outras.

Entre uma *cláusula standard* e outra *não-standard*, prevalecerá esta última, uma vez que se presume que represente mais a vontade das partes.

No caso de conflito entre o direito interno e as *cláusulas standards*, não se encontra disposição clara a respeito, mas o que se tem entendido é que as disposições do direito interno prevalecem.

Contratos preliminares ou pré-contratos: As partes ou uma delas se comprometem a contratar futuramente. Surgem quando as par-

tes têm interesse em manter o negócio, mas não possuem meios para concluí-lo desde logo. Se uma das partes não cumprir o contrato, a outra pode recorrer à arbitragem ou ao juiz nacional, conforme o disposto no pré-contrato.

Por fim, deve-se ressaltar que, no âmbito do comércio internacional, existem barreiras que acabam por prejudicar a economia mundial. A fim de evitar tal entrave, surgem forças positivas como tratados e acordos comerciais, definindo pagamento e responsabilidades.

Como exemplo de tratado, tem-se a Convenção Internacional de Genebra, firmada em 1931, a fim de adotar uma lei uniforme para cheques e títulos cambiários. “A finalidade dessa convenção era dirimir os conflitos, decorrentes das inúmeras leis de cada país, que dificultavam o comércio internacional” (MAIA, 1995, p. 81). Também há as regras uniformes editadas pela Câmara de Comércio Internacional, sobre cobrança de cartas de crédito, com o fim de solucionar conflitos de costumes e leis dos países atuantes no comércio internacional. Esses dois acordos internacionais foram citados apenas a título ilustrativo, e não como mérito por sua importância maior em relação a inúmeros outros existentes.

Com o objetivo de solucionar também os conflitos surgidos no âmbito do comércio internacional, foram criadas cláusulas para definir os direitos e obrigações das partes na compra e venda de mercadorias. Há a cláusula FOB (*Free On Bord* – Livre a Bordo), em que cabe ao vendedor expedir a mercadoria, providenciando os transportes e seguros internos (até o ponto de venda dentro do navio), arcando também com as despesas portuárias. O comprador, por sua vez, deverá pagar o frete e o seguro devidos do porto de embarque até o destino e também as despesas portuárias relativas ao porto de destino.

Outra cláusula é a CIF (*Cost, Insurance and Freight* – Custo, Seguro e Frete). Nesta, cabe ao vendedor expedir a mercadoria,

pagar os fretes e seguros internos, providenciar os documentos de embarque, arcar com todos os ônus no porto de embarque e pagar frete e seguro até o porto de destino, cabendo ao comprador receber a mercadoria no porto de destino e pagar as despesas ocorridas nesse porto.

3. Da concentração empresarial

Com o advento da Revolução Industrial, acompanhada de transformações tanto na tecnologia agrícola quanto na comercial, os empreendimentos internacionais aumentaram. Ampliaram-se a rede bancária, o comércio, as indústrias. Países mais desenvolvidos lutavam para conseguir matérias-primas agropecuárias, cujos produtores muitas vezes encontravam-se em países menos desenvolvidos. Todavia, como bem explanam VIEIRA e CAMARGO (1976, p. 2),

“Esta independência, porém, foi antes política do que econômica, não possuindo os novos países experiência suficiente e capitais disponíveis (...) que lhes permitissem tirar partido da profunda transformação tecnológica pela qual os países desenvolvidos estavam passando. Daí a necessidade de as firmas industriais instalarem, junto aos países fornecedores de matérias-primas (...), casas comissárias, cuja função era estabelecer as condições dos negócios”.

E, à medida que os países menos desenvolvidos foram criando elite dotada de maior poder de compra, tornou-se interessante conquistar essa nova clientela.

Quanto aos processos de integração regional, novos aspectos surgiram, tais como a complementaridade na produção, redução dos graus de liberdade nas políticas nacionais por causa de compromissos comuns, busca de reforços para a competitividade internacional dessas economias. Essas são os desafios da regionalização.

A base de partida para a *globalização*¹ tem sua origem nas condições favoráveis ao cres-

cimento do comércio internacional após a Segunda Grande Guerra. Pela primeira vez, surge a noção de uma economia mundial em sentido estrito, com superação das barreiras sob influência econômica. Desde 1945, o papel das empresas transnacionais na economia nacional não parou de crescer ².

Não há um consenso entre os autores sobre as definições de globalização, mundialização e internacionalização. Contudo, há um entendimento que engloba e delinea bem cada fenômeno, e é o que se passa a expor.

O fenômeno da mundialização é o reflexo da internacionalização pública e da internacionalização privada. A internacionalização pública seria o movimento dos Estados no âmbito mundial. A internacionalização privada, por sua vez, significaria a atuação dos entes produtivos buscando novos mercados, possuindo esses entes dois caminhos, a internacionalização multidoméstica e a globalização.

Como conceitos econômicos, em linhas gerais, pode-se identificar a internacionalização multidoméstica como estratégia adotada por empresas que, mesmo contando com esferas produtivas em vários países, adotam estratégias de marketing e concorrências independentes. Não há estratégia comum de satisfação do mercado no âmbito global, visto que cada unidade produtiva está adstrita às necessidades locais de cada país. O desenvolvimento de todo o processo produtivo se dá em cada país de forma individual; dessa forma, pode-se falar em interdependência das esferas produtivas, mas não em complementaridade das mesmas.

No caso da globalização, sua estratégia é mais complexa. Em linhas gerais, uma empresa que opere em nível global teria sua posição competitiva, num determinado país, influenciada (e influenciaria) pelo posicionamento mercadológico de outra do grupo, em outro país. Há aqui, ao contrário da internacionalização multidoméstica, forte interdependência das esferas produtivas, sentida na criação de economias de escala, na

utilização de marca global, na possibilidade de satisfação de clientela de diversos países, política comum de preço, concorrência, marketing, entre outros. Existe complementaridade das esferas produtivas, quase que como uma regra geral – cada esfera produtiva em um país especializar-se-á na execução de uma fase do processo, complementado por outras empresas do grupo. Há o estabelecimento de uma “política comum” (cf. FERRAZ, 1995, p. 181 et seq.).

Dessa forma, muitas vezes quando se usa o termo ‘globalização’, o que se quer designar na verdade é o fenômeno da mundialização. Assim, fala-se em mundialização dos gostos, mundialização da economia, como efeitos de todo o processo.

Segundo LERDA (1996, p. 239-263), “o fenômeno da globalização (entenda-se ‘mundialização’, conforme conceito delineado acima) da economia mundial se nutre das tendências registradas em pelo menos três de seus fatores determinantes: tecnologia, organização corporativa e políticas públicas”.

E como poderão as empresas acompanhar uma evolução tão dinâmica nos âmbitos tecnológico e mercadológico mundial? Por meio das estratégias de internacionalização multidoméstica ou de globalização das empresas.

A competitividade na fronteira tecnológica implica custos mais elevados na pesquisa e desenvolvimento e assistência técnica, passando a ocorrer competição em escala mundial, com empresas reestruturando sua atividade e sendo beneficiadas pelo próprio nível de competitividade de cada empresa. Ao mesmo tempo, argumenta-se que todo esse fenômeno pode estimular a consolidação de oligopólios em nível mundial e essa tendência à concentração por empresa. Em todo esse contexto, as empresas transnacionais são as que possuem melhores condições para apropriar-se das vantagens dessas cadeias de valor adicionado.

E, como diz BRANDT (1977, p. 170), “a origem da empresa terá pequeno significa-

do no futuro. Mais importantes serão a estrutura e o sistema usados para operações em escala global”. Fala-se em uma “lógica transnacional”.

Em um contexto globalizado, as empresas têm que atuar em segmentos cada vez mais específicos de mercado, dependentes do controle estrito sobre a qualidade e da flexibilidade no atendimento às variações da demanda. Isso requer um número maior de vínculos com outras empresas. As grandes empresas transnacionais são os agentes-chave do processo de internacionalização, sendo, igualmente, líderes dos processos de formação de blocos comerciais.

Os vínculos entre empresas em economias distintas têm aumentado em ritmo acelerado, e os tipos de formas de associação entre empresas são cada vez mais variados. “(...) Passou a ser racional a busca de parceiros para compartilhar os gastos e riscos tecnológicos, comerciais e financeiros, através de novas formas de investimento” (BAUMANN, 1996, p. 45).

Entre os efeitos da internacionalização privada, pode-se dizer que as estratégias empresariais são cada vez mais definidas segundo a orientação das demandas dos consumidores, a competição baseia-se em vantagens competitivas construídas e os custos do processo produtivo/cadeia de distribuição passam a ter papel mais determinante das estratégias empresariais do que os custos de fatores (desenvolvimento de processos de mediação, sua extensão a novas zonas, sua interconexão cada vez mais ramificada e sua constituição em sistemas cada vez mais coerentes). Entretanto, as metas de participação em mercados externos não devem constituir critérios absolutos, mas instrumentos na busca da satisfação das necessidades da população.

As negociações continuam a ter lugar formalmente entre os Estados-nação, concomitantemente ao aumento gradual e expressivo da importância das empresas transnacionais como novos agentes determinantes do cenário internacional.

Ainda quanto à importância da grande empresa no cenário internacional, Edith Penrose (cf. SANVICENTE, 1975, p. 13) afirma que, “por causa da grande empresa internacional, o fluxo internacional de comércio e investimento, a estrutura internacional de preços e a distribuição internacional de renda estão sujeitos a forças que algumas vezes são muito diferentes das implícitas na teoria econômica tradicional”.

E Yair Aharoni (cf. SANVICENTE, 1975, p. 2) esclarece: “Em síntese, empresa multinacional significa coisas diferentes para pessoas diferentes, e fenômenos diversos são tratados com nomes idênticos. Parece-nos essencial que os interessados nas operações internacionais no campo econômico esclareçam o significado dos seus termos ao discutirem a empresa multinacional”.

As multinacionais norte-americanas, no dizer de DREIFUSS (1997, p. 135), dinamizaram três grandes processos de transformação *transnacionalizante*: de *mundialização* de estilos, usos e costumes; de *globalização* tecnológica, produtiva e comercial; e de *planetarização* da gestão. “Três processos essencialmente diferentes da histórica *internacionalização* e *multinacionalização*, embora os termos sejam muitas vezes usados indistintamente”.

As alianças são concretizadas das mais variadas formas, sendo que a maioria realiza-se para a projeção global.

Podem ser extremamente diversificadas, com algumas corporações chegando a formar, nas palavras de DREIFUSS (1997, p. 121, 133), verdadeiras *redes tecnocômicas*. E concluindo,

“Vivemos, neste final de milênio, as perplexidades de três processos estonteantes. Por um lado, a *globalização* financeira e de modos de produzir (...) Geminado a este processo econômico, a *mundialização* social e de modos de viver, escorada na parafernália e na prática dos sistemas de teleinfocomunicação, produzindo uma malha de relações que dizem respeito

ao comportamento ‘transnacionalizado’ em torno de novos produtos e serviços oferecidos nos macromercados e sociedades transfronteiriças. E, por fim, a *planetarização* política e institucional das estruturas de poder (...) Concomitantes, (...) vivemos as suas contraposições, antinomias (...) Vivemos uma variedade de ‘modernidades’ e ‘pós-modernidades’ (...), rasgando horizontes inimagináveis (...) e, assim mesmo, convivendo com a fome, a doença e a miséria, tão amplamente espalhadas”.

O processo de concentração empresarial, que adquiriu feições peculiares a partir da Revolução Industrial e então foi-se ampliando, na verdade teria existido nas sociedades mais remotas, coincidindo com o advento da economia de trocas. Uma visão mais restrita, contudo, não as reconhece com a mesma natureza da moderna concentração empresarial.

O movimento concentracionista iniciou-se para evitar os males da livre concorrência de um lado e, de outro, propiciar o aumento da produtividade, racionalizando a produção. Atualmente, o objetivo de tal movimento é reorganizar a empresa, além de propiciar o crescimento da eficiência das empresas coligadas por meio da “reforma das estruturas industriais e, assim, buscar a dimensão ótima” (BULGARELLI, 1997, p. 23).

Há muitas dificuldades para a classificação do fenômeno concentracionista e, entre elas, a diferença entre a noção econômica e a jurídica. Sob o ângulo econômico, entende-se que, para que a concentração efetive-se, basta que haja o aumento da dimensão da empresa aliado à diminuição de seu número, tanto horizontalmente, entre empresas no mesmo nível de produção, quanto verticalmente, entre empresas de atividades complementares. Sob o ângulo jurídico, há que se atentar para duas fases no processo concentracionista: na primeira, as empresas crescem com a absorção ou de outras opera-

ções nesse sentido, como a fusão e a compra de ativos; na segunda, ao atingirem uma determinada dimensão e poder, adotam novas técnicas para prosperar, como a coligação, ou desconcentram-se, ou fundam filiais, ou adquirem o controle das outras, variando, nessa fase, o uso das técnicas jurídicas.

Vários foram os caminhos pelos quais as empresas aumentaram suas dimensões, como o da absorção das menores e mais fracas, ou a integração com outras do mesmo porte e poder, pela fusão. A absorção que se deu pela compra pura e simples do ativo de outras ou dos seus estabelecimentos efetivou-se, também, pela incorporação. Mas nem sempre esses processos revelaram-se os melhores, passando as empresas, então, a associarem-se com outras do mesmo nível, na defesa contra o aumento de preços em momentos de crise, ou para se subtraírem à concorrência danosa. Criou-se, assim, o cartel, que depois passou a ter um caráter pejorativo, a significar o acordo entre empresas para disciplinar a concorrência.

Outros tipos de associação desenvolveram-se, caracterizando-se inicialmente uma integração vertical, reunindo empresas de vários níveis de produção, desde a matéria-prima até mesmo à entrega ao consumidor final, o que recebeu o nome, na Alemanha, de *konzern*, tendo sido traduzido, na Itália e na França, por *grupo*, tendo por objeto a racionalização da produção, a redução dos custos e o aumento da produtividade. Seu modelo era associativo, mantendo várias empresas autônomas sob direção única, que se chamou *cappogrupo* na Itália, levando ao problema das *sociedades coligadas* por meio de inúmeras formas. “Hoje, tomaram uma certa uniformização em torno, em geral, de uma *holding*, sem atividade econômica específica, a não ser a do próprio controle” (BULGARELLI, 1997, p. 53).

Integrando também a história da evolução do fenômeno concentracionista, encontra-se o *trust*, típico instituto do *common law*, consistindo na entrega de um bem pelo *ces-*

tui que trust ao *trustee* para conservá-lo e geri-lo, sem proveito, a não ser uma comissão. Em relação à concentração, sua significação atual é a de um conjunto de sociedades submetidas a uma direção única.

Vêm-se verificando novas formas de acordos de empresas, além dos consórcios italianos (destinados a disciplinar os preços e condições de venda ao contingente da produção e à distribuição de zonas territoriais), como os chamados GIE – *Groupements d’interés économiques*, na França, destinados à fusão dos serviços de venda, evitando despesas, baixando o preço da produção ou de venda (COMPARATO, 1995, p. 148). Assinalou-se, também, no Brasil, a existência do consórcio ou agrupamento de empresas, fugindo às formas clássicas de concentração empresarial, mas desde que não atentassem contra a livre concorrência.

Todas essas fórmulas, que existiram alternadamente ou mesmo coexistindo vários tipos nos diversos países, foram aos poucos circunscrevendo-se a determinados tipos bastante expressivos e que, embora ainda bastante variados, podem ser identificados. Assim, apresentam-se hoje em formas consideradas radicais, como a fusão, a incorporação e a venda pura e simples de ativo, e nas mais flexíveis, como o grupo, a divisão total ou parcial de sociedades, as uniões para fins de pesquisa, entre outros.

O desenvolvimento da economia brasileira, nos últimos anos, fez com que o fenômeno concentracionista tomasse vulto acentuado no Brasil, pois passou a exigir fórmulas e mecanismos técnico-econômico-financeiros para o aumento da produtividade. O I Plano Nacional de Desenvolvimento, aprovado em 1971, refletiu o apoio estatal, em relação, principalmente, às fusões e incorporações de empresa, a fim de modernizar e fortalecer a empresa privada nacional. E, por seu turno, o Estado passou a atuar na economia, por intermédio de suas próprias empresas, sobretudo no setor de serviços públicos e alguns setores econômicos vitais, como o petrolífero, bancário, as telecomuni-

cações e a energia elétrica, nos quais destacam grandes empresas de porte internacional.

Os setores nos quais o fenômeno concentracionista incidiu com maior intensidade foram, principalmente, o industrial, o bancário, o de seguros e serviços, notadamente por força dos incentivos fiscais concedidos. No Brasil, portanto, com a existência das grandes empresas e a instauração do *concentrate*, observou-se, assim como nos países desenvolvidos, a existência da concorrência imperfeita, o que exigiu a intervenção do Estado, mas sem perder de vista a necessidade de se planejar ou dar seguimento aos planos de política econômica. Nesse sentido, várias leis foram promulgadas para reprimir quer os crimes contra a economia popular, quer o abuso do poder econômico.

4. Do controle e dos órgãos por ele responsáveis

4.1. O surgimento da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) e seus princípios norteadores

Semelhante à maioria dos fenômenos que produzem reflexos no âmbito sócio-econômico, a concentração empresarial e as práticas comerciais em geral também possuem aspectos negativos, razão pela qual foi necessária a criação de uma forma de controle, consubstanciada, no ordenamento jurídico brasileiro, na chamada Lei Antitruste.

Data da Constituição Federal de 1946 a preocupação com as práticas comerciais, o que se depreende da leitura de seu art. 148, *in verbis*: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Em atenção a esse preceito constitucional, em 10/09/62 foi promulgada a Lei n. 4.137, que institui o CADE – Conselho Adminis-

trativo de Defesa Econômica, além de elencar quais atitudes constituíam ameaça à ordem econômica. Em 11/06/94, a Lei n. 8.884 regulamentou o art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), transformou o CADE em autarquia federal, dispondo também sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. É esta a Lei Antitruste, até hoje em vigor, tendo sofrido algumas alterações em virtude de medida provisória.

Tem a lei o intuito de prevenir e reprimir qualquer forma de abuso, razão pela qual durante o procedimento administrativo poderão ser tomadas medidas preventivas, bastando para tanto que haja indício ou fundado receio de que a situação em questão possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação; caso o delito já tenha sido consumado, a lei comina as devidas penalidades.

A ordem econômica no Brasil é regida pelos princípios da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa do consumidor (art. 170 da CF/88), da livre iniciativa e da repressão ao abuso do poder econômico (esses dois acrescentados ao sistema econômico pela Lei Antitruste).

Segundo CRETELLA JÚNIOR (1996, p. 5), livre iniciativa “é a possibilidade de agir, neste ou naquele sentido, sem influência externa”. Nesse aspecto, configurar-se-ia o Estado mínimo, intervindo nos casos de deficiência da iniciativa privada, ou em caso de conflitos. Teria ainda o Estado a obrigação de criar mecanismos que incentivassem a implantação do regime da livre iniciativa.

O regime da livre concorrência ou livre competição caracteriza-se por um grande número de entes atuando no mercado, com elevado número de ofertas, o que produziria a diminuição dos preços ao consumidor. Por isso é que devem ser penalmente reprimidas manobras tendentes a eliminar a concorrência, pois a eliminação da concorrência culminaria com a dominação dos mercados, concentrados em uma ou algumas sociedades.

O princípio da função social da propriedade significa que esta perdeu seu cunho unicamente individual de atender apenas aos interesses de seu titular. Segundo esse princípio, a propriedade deve atender um interesse muito maior, qual seja, o interesse público, haja vista a sua repercussão no próprio mercado.

O princípio da defesa do consumidor busca estabelecer um equilíbrio nas relações de consumo, equilíbrio esse naturalmente inexistente, uma vez que o consumidor é a parte mais frágil da relação. Por isso a criação da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que repreende qualquer forma de abuso, garantindo a reparação dos danos materiais e morais sofridos pelo consumidor.

CRETELLA JÚNIOR (1996, p. 13) fornece ainda o conceito de abuso de poder econômico que, segundo o mesmo, “é toda ação ou manobra do empresário ou de seu representante legal que, dominando o mercado e a concorrência, tenha por objetivo a obtenção de lucros excessivos, causando danos a outras pessoas, físicas ou jurídicas, e ao Estado”.

Entre todos os princípios acima elencados, o que merece maior destaque é a proteção à *livre concorrência*. Por isso, seguem alguns comentários específicos desse tema. Logo, em princípio, deve-se destacar que o termo *livre* não designa concorrência livre de condicionamentos jurídicos; significa, sim, que o legislador pretendeu livrar a concorrência de práticas abusivas.

Por isso é que se pode dizer que é preciso analisar criticamente o regime da concorrência no Brasil. Isso porque a concorrência “não é um valor-fim, mas um valor-meio” classificada como instituto jurídico filiado às normas do Direito Econômico. Assim sendo, torna-se instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal não é simplesmente reprimir práticas econômicas abusivas, e sim estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço de desenvolvimento.

Nesse contexto, para que se caracterize a concorrência, na opinião de Ferreira de Souza (cf. VAZ, 1993, p. 24), é preciso que coexistam três *identidades*: *de tempo* (deve tratar-se da mesma época, pois não se opõem economicamente produtores, comerciantes ou industriais de fases distantes entre si), *de objeto* (abrange os de espécie idêntica e os afins, que os substituem, embora não inteiramente iguais, nem dotados do mesmo grau de utilidade – concorrência indireta) e *de mercado* (o notável progresso e o aperfeiçoamento dos meios de transportes e de comunicações relativizaram as distâncias. Assim, os concorrentes precisam atuar no mesmo mercado, independentemente do espaço geográfico).

Além dessas, para existir concorrência entre duas empresas (no sentido de atividade), elas não podem encontrar-se em uma relação de complementaridade ou de instrumentalidade.

Raymond Barre (cf. VAZ, 1993, p. 28) estabelece algumas condições que devem ser observadas para que a concorrência seja dita perfeita. Entre essas, a principal é a “livre entrada na indústria”, que significa a possibilidade de qualquer ente ingressar no mercado em estudo, sem que encontre óbices criados pelos demais concorrentes.

Caso não se verifique a perfeita concorrência, é possível e bem provável a formação dos monopólios e/ou oligopólios, com os quais então uma ou algumas sociedades passam a ter o domínio do mercado, seja quanto à produção, seja quanto à venda, mas sempre estando em condições de alterar os preços e demais fatores que envolvem os mecanismos de mercado, deixando em dificuldades os possíveis aspirantes a concorrentes.

Em determinados momentos e locais, algumas práticas em tese prejudiciais à livre concorrência são permitidas com vistas, por exemplo, a obter economia de escala, o fortalecimento do país ou seu progresso técnico, desde que não prejudiquem o consumidor. Porém, em alguns lugares, como foi na

cidade de Gdansk (Polônia), ocorreu desequilíbrio entre o investimento e o consumo, havendo redução do poder aquisitivo da população. Pressionado, o Estado voltou à administração econômica centralizada, acabando com os tipos de mecanismos de mercado que vinham sendo implantados. A autora lembra que o Brasil é o país que tem uma das mais cruéis concentrações de renda do mundo, e justifica da seguinte maneira:

“a desigual distribuição ocorre, entre outras razões, por fenômenos concentracionistas que acabam eliminando os aspectos positivos da concorrência e os monopólios se traduzem em possibilidades de açambarcamento de bens, de acesso a posições de domínio nos planos econômico, militar, tecnológico e, conseqüentemente, de eliminação de outros partícipes no mercado”.

E assim conclui:

“(...) um país onde Estado e empresa ainda não conseguiram entender-se. O resultado desse desajuste é representado por uma das mais perversas concentrações de renda do mundo, conseqüência, sem dúvida, do desrespeito aos princípios constitucionais informadores do instituto da concorrência” (VAZ, 1993, p. 26, 51).

Gustavo Franco (VAZ, 1993, p. 224) ensina que: “há os que argumentam que as empresas precisam ser grandes e protegidas para auferirem lucros extraordinários que são necessários para financiar esforços tecnológicos, mas o ponto de vista oposto sustenta que a ausência de competição e o excesso de regulação não incentivam esses esforços. Assim, há os que defendem a desregulação e há opositores ferrenhos”.

“A *repressão ao abuso do poder econômico*, que figurava como princípio da ordem econômica e social na Constituição revogada (art. 160, inciso V), foi deslocada, na Carta vigente, para a condição de 4º parágrafo do art. 173. Isto significa que a preservação da li-

vre concorrência é mais importante na hierarquia constitucional vigente do que a repressão aos abusos do poder econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de uma mudança qualitativa de natureza política, segundo a qual o valor jurídico representado pela *livre concorrência* se sobrepõe às normas de *repressão ao abuso do poder econômico*. Estas adquirem o sentido de instrumentos jurídicos de defesa do princípio constitucional que, na estrutura da Lei Fundamental, apresenta-se hierarquicamente mais valioso. No contexto da ordem econômica, a livre concorrência se posiciona, em comparação com o parágrafo 4º do art. 173, como em uma relação entre ‘meios’ e ‘fim’, embora este fim se localize lado a lado com os demais princípios do art. 170 e constitua também um ‘instituto jurídico’ autônomo, pela complexidade de normas que engloba” (VAZ, 1993, p. 101).

Assim, de acordo com a legislação vigente, existe o princípio (livre concorrência) e a norma (repressão ao abuso do poder econômico), sendo aquele prevalente sobre esta. Concluindo, “a livre concorrência é um *princípio* informador da atividade econômica, enquanto a repressão ao abuso do poder econômico configura um dos *instrumentos* de sua proteção” (VAZ, 1993, p. 287).

Para realizar esse controle das atividades, foram designados alguns órgãos, sendo os principais o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), além dos órgãos componentes do sistema de defesa do consumidor. Entre esses, destacam-se o CADE e a SDE, cujas estruturas e atribuições serão agora analisadas.

4.2. A Secretaria de Direito Econômico e suas funções

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) é um órgão vinculado ao Ministério da Jus-

tiça, dirigida por um Secretário. Desempenha importante papel no controle das atividades comerciais, estando suas atribuições elencadas no art. 14 da Lei Antitruste. Pode-se destacar, entre as competências da SDE, promover investigações prévias à instauração de processo administrativo por infração à ordem econômica e instaurar processos relativos a essas, assim como recorrer de ofício ao CADE quando considerar que as averiguações preliminares ou o processo administrativo devem ser arquivados. Em instaurando processo, cabe-lhe remetê-lo ao CADE, para a devida deliberação, e também celebrar compromisso de cessação, subordinando-o à averiguação do CADE, e, se procedente, acompanhar seu cumprimento. Compete-lhe também sugerir os termos do compromisso de desempenho e fiscalizar sua colocação em prática, adotar medidas preventivas para cessação de infração à ordem econômica, podendo estabelecer valor de multa diária pelo descumprimento, além do prazo que deve perdurar a medida. Deve, enfim, monitorar o mercado, razão pela qual pode solicitar documentos e prestação de esclarecimentos (em sigilo, se for o caso), sempre que necessários à constatação dos indícios existentes, lembrando que, conforme o caso concreto, a Secretaria poderá determinar medidas preventivas, que levem à cessação da prática ofensiva à ordem econômica.

Merecem destaque as averiguações preliminares, que constituem procedimento sumário, de caráter inquisitório, não comportando, portanto, análise de questões de alta indagação nem amplas considerações atinentes ao mérito. Em um só caso serão dispensáveis: quando houver representação de Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas.

4.3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): estrutura, funções, modos de atuação e otimização de resultados

Como já referido, foi criado em 1962 e transformado em autarquia federal (enten-

didada como entidade autônoma, auxiliar e descentralizada da administração pública, sujeita à fiscalização e tutela do Estado, com patrimônio constituído de recursos próprios e cujo fim é executar serviços de caráter estatal ou interessantes à coletividade, como, entre outros, caixas econômicas e institutos de previdência) pela Lei Antitruste. É composto por seis conselheiros e um Presidente, que exercem mandato, sendo nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

São competências do CADE as atribuições administrativas que a referida lei lhe outorga, além das outras que podem ser depreendidas por análise sistemática. Porém, nem sempre foi assim. Sob a égide do Dec. 99244/90, o CADE teve suas competências reduzidas, passando a ser órgão intermediário da então existente Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico. Atualmente, essencialmente, tem o dever de zelo pela referida lei e seus dispositivos, razão pela qual seus membros devem trabalhar com a máxima celeridade e seriedade, sob pena de responsabilidade.

Nesse contexto, o art. 7^o é o dispositivo mais importante, uma vez que estabelece atribuições do Plenário do CADE, entre as quais considerou-se merecer destaque: averiguar a existência de infração à ordem econômica e, em caso positivo, aplicar as devidas penas, podendo também determinar medidas para cessação de prática ofensiva; julgar os processos instaurados pela SDE e decidir os recursos de ofício de seu Secretário; firmar os termos do compromisso de desempenho e de cessação de prática nociva, determinando que a SDE acompanhe o cumprimento de ambos; comunicar aos interessados todas as suas decisões, de modo a possibilitar o contraditório; fazer o pedido de informações, em sigilo, se for o caso, e determinar diligências no sentido de bem desempenhar suas funções; contratar a realização de vistorias por profissionais, sendo que o pagamento das despesas deve ficar a cargo da sociedade que vier a ser puni-

da no processo; analisar atos ou condutas a ele submetidos nos termos do art. 54, fixando, se for o caso, compromisso de desempenho; fazer valer suas decisões, requerendo ao Poder Judiciário que sejam executadas.

Para tanto, funciona junto ao CADE uma Procuradoria, cujas principais atribuições, segundo o art. 10, são executar judicialmente as decisões do CADE; requerer, mediante autorização do Plenário do CADE, medidas que visem a eliminar infrações à ordem econômica; propor acordos judiciais, com autorização do Plenário e manifestação do Ministério Público, nos processos relativos às infrações contra a ordem econômica.

Para otimizar os resultados de sua atividade, o CADE a desempenha, desde 1996, norteado por uma estratégia que privilegia *a decisão em tempo econômico; a difusão da cultura da concorrência; a globalização da defesa da concorrência; articulação de suas atividades com as políticas públicas; a capacitação do próprio CADE e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).*

Não se questiona que é imprescindível a celeridade na defesa da concorrência, ainda mais tendo em vista a dinamicidade das relações comerciais, razão pela qual uma pendência judicial ou administrativa pode causar grandes prejuízos. Porém, não é fácil haver agilidade quando há mais de um órgão responsável por determinado procedimento.

Assim, para que fosse possível alcançar tal resultado, algumas modificações foram introduzidas nos julgamentos. Dessa forma, casos mais simples requerem menor burocracia, além do que a audiência inicial de qualquer processo tem representantes do CADE, da SDE e da SEAE. Outra providência foi a priorização seletiva, segundo a qual devem ser julgados os atos apresentados antes da sua realização, de modo a estimular essa prática pelos entes atuantes. Por fim, sempre que possível é realizada a distribuição dos processos pela conexão temática, além da realização de mutirões para decidir vários processos de uma só vez. Além

dessas medidas, existe a pretensão, ainda não implementada, de que haja unificação de todos os órgãos que tenham por objeto, mediato ou imediato, a defesa da livre concorrência e, conseqüentemente, defesa dos direitos do consumidor.

Para possibilitar o conhecimento dessas políticas de defesa da concorrência, o CADE vem exercendo, antes de seu papel repressor, o educativo e o preventivo, por meio, por exemplo, da criação de Fórum Permanente de Políticas da Concorrência, da realização de intercâmbios, além da página na internet, hoje talvez o meio mais eficiente de comunicação do mundo.

Tendo em vista o avanço das relações internacionais, de forma globalizada, relevante também a atuação do CADE no sentido de cooperação entre países para a defesa da concorrência. Em virtude dessa preocupação, já foram firmados Acordos de Cooperação com outros países; todavia, em virtude de vários fatores, nem todos foram executados.

Embora se viva na atualidade a teoria do Estado mínimo, que deve intervir somente quando estritamente necessário, de extrema importância é também a atuação do CADE, assessorada pelas políticas públicas, com a colaboração dos órgãos de política de competitividade, de comércio exterior, de defesa comercial, entre outros.

Por fim, para que seja possível atuar com celeridade e eficiência, é preciso capacitar o elemento humano, com a celebração de convênios e oferecimento de cursos de defesa da concorrência, de modo a que os conselheiros, bem como todos os membros da Procuradoria e da Assessoria permanente do CADE, sejam suficientemente capacitados para desenvolver suas atividades.

4.4. Principais infrações à ordem econômica, sua apuração e as conseqüências de sua prática

Constam da Lei n. 8884/94 o elenco das infrações à ordem econômica, a forma como as mesmas devem ser apuradas e também as conseqüências de sua prática.

Legislação antitruste pode ser entendida como “o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência” (VAZ, 1993, p. 243). Essas modalidades abusivas de uso do poder econômico podem consistir em monopólios, oligopólios, cartéis, algumas práticas concentracionistas, ainda que temporárias e meramente contratuais, desde que suscetíveis de contrariar o interesse público, de prejudicar o consumidor ou de atentar contra os princípios consagrados na Constituição para reger a conduta dos diferentes agentes econômicos.

Na Constituição de 1934, a legislação antitruste tinha um sentido teleológico, já que, conforme o art. 117, lei ordinária deveria fomentar a *economia popular* que, de modo indireto, é até hoje o bem tutelado, vez que se protege a concorrência para garantir bom preço, permitir desenvolvimento tecnológico e assegurar o abastecimento às pessoas.

Já na Constituição de 1937, legislação antitruste tinha um sentido imperativo-negativo, tendo sido instituídas penas para os delitos tipificados como crimes contra a economia popular. Nesse sentido, o art. 141 foi regulamentado pelo Dec. 869, de 18/11/38, considerado por Benjamin Shieber (cf. VAZ, 1993, p. 245) como a primeira lei antitruste brasileira.

O próximo passo nessa evolução foi a Carta de 1946, em seu art. 148. Antes de ser promulgada a Lei n. 4.137/62, que regulamentou esse dispositivo, ocorreu a promulgação das Leis 1.521/51 e 1.522/51, esta última permitindo a intervenção do governo federal para assegurar a distribuição de produtos necessários ao consumo, e aquela contendo formas de julgamento e punição para crimes e contravenções contra a economia popular. O ápice da evolução legislativa foi a promulgação da lei antitruste atual, objeto do presente estudo.

Além de serem diferentes as leis antitruste dos países do Primeiro Mundo e as dos ou-

tros países, são diferentes também as hipóteses em que elas são efetivamente aplicadas. Em alguns países, como Japão e Alemanha, foram até mesmo constituídas estruturas semelhantes ao que, no Brasil, se chama cartel, sob a denominação, respectivamente, de *zaibatsu* e *konzerne*, tendo sido os mesmos responsáveis pelo desenvolvimento industrial atingido por esses países. Ademais, esses países também praticaram protecionismo econômico e subsídios. Somente após conquistado certo desenvolvimento, de modo a possibilitar que esses países concorressem com os demais, é que foi aplicada internamente a legislação antitruste. A estrutura brasileira, porém, é completamente diferente, sendo que o Estado sempre interveio, seja no atinente às matérias-primas, seja no aproveitamento das mesmas. Assim, o Estado exerceu, desde cedo, regulamentação, controle e vigilância, ainda que não se tivesse atingido desenvolvimento econômico e industrial necessários.

Muitas são as práticas que trazem prejuízo ao mercado de um modo geral, constituindo infrações à ordem econômica. Podem ser praticadas por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, associações ou entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica. Em caso de responsabilidade, esta poderá recair sobre a sociedade e seus dirigentes/administradores solidariamente, ressaltando que, havendo grupo econômico, de fato ou de direito, as sociedades ou entidades serão solidariamente responsáveis.

Em se combinando os arts. 20 e 54 da Lei 8.884, pode-se elencar quatro hipóteses de infrações à ordem econômica: (a) atos que possam limitar a concorrência; (b) atos que, de qualquer forma, possam prejudicar a livre concorrência; (c) atos que possam resultar na dominação de mercados relevantes de bens; (d) atos que possam resultar na dominação de mercados relevantes de serviços. Esses são os atos submetidos ao controle do CADE.

Deve-se, já aqui, ressaltar que, na apuração das infrações contra a ordem econômica, não se perquire de culpa, além do que as mesmas configuram também um delito formal que pode ser definido como “ato sob qualquer forma manifestado, que tenha por objeto ou possa produzir danos à ordem econômica, mesmo que o efeito não seja alcançado e independentemente de culpa” (CRETELLA JÚNIOR, 1996, p. 113). Aqui, atos devem ser entendidos como qualquer forma de concentração econômica, sendo esta pela forma de fusão, incorporação, grupo de sociedades ou qualquer outro instrumento concentracionista.

Tais atos devem ser submetidos ao controle *a priori*, mediante remessa anterior à sua realização, ou *a posteriori*, no prazo de 15 dias após a sua concretização. Em caso de desrespeito a esses prazos, o CADE poderá impor multa e instaurar processo administrativo. Nesta hipótese, a SEAE emitirá parecer técnico e a SDE também se manifestará, enviando o processo ao plenário do CADE para deliberação no prazo de 30 dias. Esse prazo pode ser suspenso se o CADE, a SDE ou a SEAE solicitarem esclarecimentos e documentos.

Para configuração da infração, é necessário que a conduta produza, ou possa produzir, de acordo com o citado art. 20, prejuízo à livre concorrência e/ou à livre iniciativa, limitando-as ou falseando-as, sob qualquer forma; dominação de mercado relevante de bens e/ou serviços (quando, porém, a conquista se dá em virtude de maior eficiência do agente em relação aos concorrentes, não se caracteriza o ilícito); aumento arbitrário de lucros; abuso do exercício de posição dominante (esta se configura quando uma sociedade ou um grupo delas domina parcela substancial do mercado – 20% –, estando na posição de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de produto, serviço ou tecnologia a ele relativa).

O art. 54, porém, legitima alguns atos que, *a priori*, seriam infracionais, desde que presentes requisitos como aumento da produ-

tividade e eliminação da concorrência de forma não substancial. Por isso se diz que, na prática, no ordenamento jurídico brasileiro, não se adotou um posicionamento: condena-se ou não as infrações à livre concorrência? Afinal, muitas práticas não são reprimidas ou punidas, tendo-se em vista todas as atenuantes desse dispositivo. Isso se justifica pelo fato de que não há, ainda, conceito sólido do que é prejudicial ou não à livre concorrência.

Conceito de difícil formulação é *mercado relevante*. Segundo Del Chiaro (cf. CARVALHO, 1994, p. 12), “a qualificação em um caso concreto, de um dado mercado como relevante, constitui tarefa que precede logicamente qualquer análise de poder econômico, uma vez que toda concentração de um fenômeno de poder econômico se dá no âmbito de um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado”.

Shieber (cf. CARVALHO, 1994, p. 13) traz à baila jurisprudência norte-americana no sentido de que “o mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles”.

Segundo Isabel Vaz, sob a égide da Lei 4.137/62, mercado relevante deveria ser entendido como “mercados nacionais”. Porém, evoluindo o pensamento, conclui que o mercado relevante, ainda em termos geográficos, pode ser menor que o mercado nacional, o que não exclui a possibilidade de coincidência entre ambos. Porém, para apuração das práticas anticoncorrenciais, o critério geográfico não é suficiente, vez que não podem ser excluídos os mercados locais. Assim, por mais difícil que seja a tarefa, deve ser identificado o mercado relevante de acordo com o bem ou serviço em questão, o que depende muito das atividades de que sobrevive determinada região.

O que se pode concluir nesse estudo é que o *mercado relevante* será definido, no caso concreto, mediante a situação em análise.

Neste ponto, deve-se destacar a opinião de um presidente do CADE, João Grandino, de que há um caráter decisório nos julgamentos do Plenário, principalmente em se tratando de conceitos fluidos como esse.

Como já referido, o Plenário do CADE tem competência para decidir sobre a ocorrência ou não de infração, aplicar a pena equivalente, além de apontar a providência que deve ser tomada para que o ato cesse e sejam eliminados os efeitos nocivos.

Os atos, porém, poderão ter continuidade, sob condição suspensiva, isto é, nas hipóteses permissivas do art. 54, poderão continuar a produzir efeitos, conforme os limites legais. Desrespeitados esses limites, o ato poderá ser desconstituído pelo Plenário do CADE, devendo ser reparados os eventuais prejuízos causados a terceiros.

Essas condições têm seu cumprimento assegurado, em tese, pelo chamado *compromisso de desempenho*, previsto pelo art. 58. Ele é fixado tendo em vista a competitividade do setor em questão frente ao sistema internacional, as alterações do nível de emprego, entre outros. As metas qualitativas e/ou quantitativas deverão ter prazos preestabelecidos, devendo esses ter seu cumprimento verificado pela SDE. O descumprimento do compromisso de desempenho gera a revogação da aprovação, de ofício ou por provocação da SDE, e o início de processo administrativo.

Por outro lado, poderá haver celebração de *compromisso de cessação* de prática sob investigação, o que não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da conduta praticada.

Em caso de aprovação dos atos submetidos a julgamento, deverá haver revisão, de ofício ou por provocação da SDE, em três hipóteses, a saber: quando não atingidos os benefícios/objetivos visados; em caso de descumprimento das condições; quando a decisão tiver seu fundamento em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado.

Muitas são as condutas infracionais (art. 21), merecendo destaque: fixar ou pra-

ticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre os concorrentes; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos de tecnologia, bem como aos canais de distribuição; impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; impor preços excessivos ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço (para análise dessa hipótese, devem-se levar em consideração a situação econômica e mercadológica do momento, o custo dos insumos, a ocorrência ou não de melhorias qualitativas no produto ou serviço, o preço anteriormente praticado – desde que não tiverem ocorrido mudanças substanciais no produto –, o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis, a existência de reajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço do bem ou serviço ou dos respectivos custos).

Caracterizada a infração, e mediante devido processo legal, com direito ao contraditório e à ampla defesa, compete ao Plenário do CADE determinar quais as penalidades a serem impostas à sociedade em questão.

Entre as penalidades, as mais usuais são a multa (os valores arrecadados reverterem em proveito do fundo prescrito no art. 13 da Lei 7.347/85, destinando-se à reconstrução dos bens lesados, conforme o art. 84 da Lei 8.884/94), para a sociedade ou para o administrador, direta ou indiretamente responsável; a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consu-

midor; a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Deve ficar claro que o contraditório não se estabelece entre representante e representado, mas sim entre o Poder Público, na defesa dos direitos da coletividade, e o representado, ou seja, o agente econômico cuja eventual prática abusiva é objeto de apuração.

Para conferir efetividade às decisões do Plenário do CADE, a Lei Antitruste disciplina sua execução judicial. Deve-se ressaltar que a decisão que comine multa ou imponha obrigação de fazer ou não fazer constitui título executivo extrajudicial, passível, na maioria dos casos, de tutela específica; não sendo possível, haverá conversão em perdas e danos, sem prejuízo das multas. Outra medida mais drástica, porém permitida pela lei, é a intervenção na sociedade, sempre que tal se fizer necessário para cumprimento de execução específica.

O procedimento administrativo deverá obedecer a todos os princípios a que se submete a Administração Pública, que constituem garantia do cidadão e, portanto, são inafastáveis. São esses princípios todos os constantes do art. 37, *caput*, da CF/88, além dos decorrentes do sistema constitucional, e os que regem o Estado de Direito, destacando-se os princípios da motivação das decisões, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da oficialidade (o impulsionamento do processo cabe à Administração) e da verdade material.

Qualquer que seja a penalidade a ser imposta, deverão ser levados em consideração fatores como a gravidade da infração, a intenção do infrator, a vantagem auferida ou pretendida por este, a consumação ou não da infração, a reincidência.

Sempre que houver a continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, ainda que posteriormente à decisão condenatória do CADE, pode haver a imposição de sanções. Geral-

mente, nesses casos a sanção é a pena de multa para cada dia de descumprimento das decisões do CADE, seja ela o compromisso de desempenho, o de cessação, a aplicação de medida preventiva ou a decisão em última instância. Deve-se ressaltar que o valor dessa multa pode ser aumentado em virtude da situação econômica do infrator e da gravidade da infração.

A prescrição, para esse tipo de infração, ocorre em cinco anos, contados da prática do ilícito ou do dia da cessação (em caso de infração permanente ou continuada). Interrompe-se por qualquer ato administrativo ou judicial com objetivo de apurar a infração; suspende-se durante o compromisso de desempenho ou de cessação.

Como tentativa de assegurar o direito dos prejudicados pelas práticas reprováveis, a Lei Antitruste, em seu art. 29, prevê a possibilidade de os prejudicados, por si ou pelos legitimados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, ingressarem em juízo, independentemente de processo administrativo (que não será suspenso pelo ajuizamento da ação), para pleitear a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, além de requerer a satisfação de eventuais prejuízos já sofridos (perdas e danos).

Segue uma síntese do caminho a ser percorrido até chegar à fase de condenação do infrator:

a) A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou mediante provocação (desde que fundamentada) de qualquer interessado. Essas averiguações constituem pedidos de informações e esclarecimentos, não devendo ser divulgadas, uma vez que ainda não houve instauração de processo administrativo que, esse sim, é público. Esse primeiro ato deverá ser concluído em 60 dias e, conforme seu resultado, o Secretário da SDE determinará instauração do processo administrativo ou seu arquivamento, recorrendo, neste último caso, de ofício ao CADE. Esse prazo deve ser cumprido sempre que possível, uma vez que o ordenamento pri-

ma pela celeridade, sob pena de responsabilidade do Secretário da SDE.

b) Nos casos de parecer da SDE favorável à instauração, de conhecimento do fato ou de representação, o processo terá seu início em prazo não superior a 8 dias. Como garantia do exercício do direito de defesa, o representado será comunicado da instauração do processo, para apresentar defesa no prazo de 15 dias. Não o fazendo, será considerado revel, o que implica confissão quanto à matéria de fato, correndo os demais prazos independentemente de intimação. Porém, a qualquer momento, poder-se-á manifestar, proibindo-se somente a repetição de atos já praticados sem a intervenção do mesmo.

c) Em qualquer momento, desde que antes do encerramento da instrução processual, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá emitir parecer sobre as matérias que lhe digam respeito.

d) Recebido o processo, o Presidente do CADE abre vistas à procuradoria, por 20 dias, para parecer conclusivo sobre questões de fato e de direito. O conselheiro-relator poderá solicitar diligências complementares, novas informações, produção de novas provas (facultado às partes), sempre que considerar insuficientes os elementos dos autos.

e) A decisão do CADE deverá ser fundamentada e conterá a descrição da infração, as providências a serem tomadas para cessação da mesma, prazo para seu início e conclusão, a multa imposta e a multa diária para caso de descumprimento das condições e/ou continuidade da infração. A SDE fica com a incumbência de fiscalizar o cumprimento das condições. Deve-se ressaltar que a demora sem justificativa no correr do processo administrativo pode implicar responsabilidade para os membros do CADE.

f) Durante o processo administrativo, o Secretário da SDE ou o conselheiro-relator do CADE poderão adotar, de ofício ou por provocação, medida preventiva, em havendo indício ou fundado receio de que possa haver lesão irreparável ou de difícil repara-

ção ou que torne ineficaz o resultado do processo. A medida preventiva determinará a cessação da prática e, se possível, a volta ao *status quo ante*, e a fixação de multa diária. Dessa decisão caberá recurso voluntário, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 dias, ao Plenário do CADE.

4.5. Controle e cartel

Por ser prática ilícita e, conseqüentemente, não tolerada pelo ordenamento jurídico e pela sociedade como um todo, é necessário que haja repressão à formação dos cartéis.

No caso de formação de cartéis, para bem utilizarmos o termo *controle*, mister que se esteja referindo à modalidade de controle *a posteriori*, uma vez que não pode haver uma avaliação prévia para permissão ou não de uma prática terminantemente proibida pelo ordenamento.

Talvez em face desse caráter é que a prática do cartel seja capaz de gerar grandes e tantos prejuízos, uma vez que, quando se chega a detectá-lo, é porque o mesmo já existe.

Isso não significa, porém, a inexistência de punição. De ofício ou por representação de interessado, poderá ser aberta investigação preliminar, pela SDE e, a partir daí, serão seguidos todos os passos já delineados no presente.

Atualmente, para combate aos cartéis, tem sido feita opção pelo ajuizamento de ação civil pública, antes mesmo do procedimento do CADE, vez que as decisões judiciais, geralmente, têm sido mais rápidas e eficazes.

5. Da proteção do consumidor como efeito da política de defesa da concorrência

5.1. Generalidades

Com as novas necessidades geradas pela Revolução Industrial, o consumidor passou a ser hipossuficiente. Como bem disserta FILOMENO (1998, p. 107), “a sociedade in-

dustrial engendrou uma nova concepção de relações contratuais que têm em conta a desigualdade de fato entre os contratantes”.

A Revolução Industrial criou a massificação em todos os setores. A produção em série cria riscos coletivos, que são também os riscos do desenvolvimento.

Dessa forma, o legislador procurou proteger os mais fracos, devendo os contratantes se curvar diante do que os juristas modernos chamam de *ordem pública econômica*.

Nesse sentido é que foi elaborado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro (CDC), que não é um código de consumo, mas *do consumidor*; logo, centrado no sujeito de direitos, e isso faz muita diferença, sendo seu objetivo o respeito pela pessoa humana. Os direitos do consumidor são direitos fundamentais da pessoa humana. O direito de acesso ao consumo é o primeiro deles.

A Lei 8.078/90 (CDC) foi o diploma legal que trouxe grandes transformações para a defesa do consumidor brasileiro. Pode-se ressaltar sua importância quando se observa seu impacto sobre o mercado, que sentiu a forte influência dessa regulamentação consumerista sobre seus mecanismos fundamentais.

E, desde sua vigência, o CDC solidificou-se como um balizador fundamental das relações de mercado e de consumo, devendo-se reconhecer sua influência sobre a dinâmica de mercado.

Mas, mais do que inovações legislativas, um correto entendimento da evolução da defesa do consumidor deve ser buscado nas transformações surgidas de uma sociedade de massa, nas radicais transformações das relações contratuais que servem de base para uma economia de mercado e no crescente papel intervencionista do Estado. Em assim sendo, a disciplina legal das relações de consumo surge, exatamente, da necessidade de o ordenamento jurídico dar respostas à sociedade de massa. A sociedade de consumo é marcada pela impessoalidade das relações, pela pulverização das responsa-

bilidades e pela vulnerabilidade do consumidor.

Com isso, surgem novas pautas de preocupações e reivindicações de natureza essencialmente coletivas.

“A princípio, o mercado, através de seus mecanismos naturais, fundados em processos de seletividade, deveria resguardar os interesses dos consumidores, colocados na extremidade da cadeia de produção. Nessa perspectiva, a liberdade de opção se encarregaria de segregar do mercado o mau produto ou o fornecedor inidôneo. A princípio ‘todos podem produzir e consumir livremente, já que o mercado é aberto a todos’, sobrevivendo nele aqueles que produzissem os melhores produtos e os vendesse sob as melhores condições. Entretanto, este ideal de liberdade de mercado foi progressivamente corroído por obstáculos técnicos e econômicos, que obstaram a livre concorrência e a mobilidade social necessária para o funcionamento do sistema. O resultado foi um processo crescente de estratificação social e de formação de oligopólios e cartéis na economia. O entendimento desta corrosão dos vários mecanismos fundamentais do mercado é essencial para se entender o papel do direito do consumidor na sociedade moderna. (...) A noção de mercado, assim, em nenhum momento é oposta à de Estado, que sempre ocupou em relação àquele o papel de disciplinador de suas relações fundamentais. (...)

É preciso entender que a disciplina das relações de consumo, muito embora constitua uma intervenção estatal no âmbito da economia, não limita a estrutura concorrencial do mercado. Ao contrário, possibilita um reequilíbrio das relações contratuais. (...) A intervenção estatal em defesa do consumidor possibilita um acirramen-

to da atividade concorrencial, uma vez que permite a formação da demanda de maneira mais qualitativa, aprofundando a dinâmica da concorrência e garantindo uma maior seletividade no mercado. A disciplina das relações de consumo deveria atuar, assim, como um balizamento do espaço do mercado, favorecendo a criação de um espaço de mercado verdadeiramente concorrencial, cujo funcionamento deve estar direcionado para o destinatário final do sistema, o consumidor (...)

Sem dúvida, esta influência sobre os mecanismos de regulação do mercado não exclui a necessidade de uma normatização da estrutura concorrencial em um plano horizontal (fornecedor/fornecedor), com uma legislação antitruste eficiente. De qualquer forma, o direito do consumidor se mostra, ao lado das normas de defesa da livre concorrência, um dos grandes balizamentos legais do mercado” (SALLES, 1996, p. 85-96).

5.2. Da defesa da concorrência e do consumidor

Tanto a defesa do consumidor quanto a defesa da livre concorrência são elevadas a princípios gerais da atividade econômica pelo art. 170 da CF/88.

Um dos diplomas legais que objetivam fazer valer ambos os princípios é a Lei n. 8.884/94.

Entre os efeitos dessa lei, um dos mais importantes sem dúvida é a defesa do consumidor. Logo em seu art. 1º, *caput*, prevê expressamente que essa lei é orientada pelos ditames constitucionais da livre concorrência e defesa dos consumidores, entre outros. Há inclusive aqueles que defendem que a defesa da concorrência só faz sentido se focalizar o direito do consumidor, entendendo que a defesa da competitividade/concorrência não é valor absoluto no Brasil, mas subordinada à defesa do consumidor. As-

sim, pode-se dizer que a eficácia da lei antitruste reflete de imediato suas conseqüências nas relações de consumo. A livre concorrência, a devida informação e o repúdio aos monopólios atuam diretamente na vida de todos os consumidores.

A defesa da competitividade não é valor absoluto no Brasil, mas subordinada à defesa do consumidor. Isso porque, conforme visto *supra*, o regime da livre concorrência ou livre competição caracteriza-se por um grande número de entes atuando no mercado, com elevado número de ofertas, o que produziria uma maior e melhor oferta de preços ao consumidor. Daí a necessidade de repressão às manobras tendentes a eliminar a concorrência.

MARQUES (1995, p. 265, 282) defende que a proteção dos consumidores deve ser a garantia contra todas as manifestações abusivas do desequilíbrio econômico, técnico e fático que caracteriza as relações entre estes e os fornecedores. As modalidades abusivas de uso do poder econômico podem consistir em monopólios, oligopólios, cartéis ou outras práticas concentracionistas, ainda que temporárias e meramente contratuais, desde que suscetíveis de contrariar o interesse público, de prejudicar o consumidor ou de atentar contra os princípios da Constituição Federal para reger a conduta dos diferentes agentes econômicos.

As manifestações abusivas do ente econômico, que podem ser caracterizadas em alguns casos de concentração empresarial, podem-se originar da ofensa ao direito de escolha ou da ofensa ao direito de informação dos consumidores.

A liberdade de escolha de produtos e serviços consiste no direito que o consumidor tem de escolher o produto ou serviço que achar melhor. É um direito básico do consumidor o direito à escolha. Como ensina NASCIMENTO (1991, p. 27), os direitos básicos nas relações de consumo “são aqueles subjetivados na pessoa do consumidor e indicados no art. 6º da lei protetiva pertinente. Significam tutela à saúde, à vida e à

segurança do consumidor relativamente a (...) procedimentos comerciais coercitivos ou desleais, a práticas e cláusulas abusivas inseridas nos contratos etc.". É necessário que sejam disponibilizadas todas as informações pertinentes, justamente para o consumidor ter assegurado seu direito à escolha.

O CDC em seus arts. 31 e 37 traça o direito à informação clara, veraz. É partindo-se desse pressuposto que se pode realmente exercer o direito básico à escolha, que passa pelo direito à educação. Como bem explana FILOMENO (1998, p. 114-115), "a educação de que cuida o inciso II do art. 6º do CDC deve ser aqui encarada sob dois aspectos: a *educação formal*, a ser dada nos diversos cursos desde o primeiro grau de escolas públicas ou privadas; a *educação informal*, de responsabilidade desde logo dos próprios fornecedores (...), procurando bem *informar* o consumidor acerca das características dos produtos e serviços (...). Cabe igual responsabilidade aos *órgãos públicos* de proteção e defesa dos consumidores bem como às *entidades privadas* (...)". E finaliza de forma brilhante: "Referido trabalho educativo (...) para que se garanta ao consumidor *liberdade de escolha* e a almejada *igualdade de contratação*, informando-se previamente das condições contratuais, e não ser surpreendido posteriormente com alguma cláusula abusiva". E enfatiza: "Trata-se, repita-se, do dever de *informar* bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles".

E esse direito à escolha só será bem exercido se o dever de informação do fornecedor for bem cumprido.

Assim, se há concorrência, há direito à escolha, mas não necessariamente direito à informação.

Por outro lado, eliminada a concorrência, fere-se diretamente o direito básico à escolha dos consumidores.

Em determinados momentos e locais, algumas práticas que em tese prejudicam a livre concorrência são permitidas com vistas, por exemplo, a obter o fortalecimento do país ou seu progresso técnico, desde que não prejudiquem o consumidor.

Assim, desde que seja dificultada ou impossibilitada ao consumidor a contratação com certo sujeito, devido à ordem do mercado ter sido imposta ou controlada por um grupo econômico, ocorre uma evidente ofensa ao seu direito de contratar, pois, dado esse controle do mercado, não existe ou é ineficaz a liberdade. E o princípio da liberdade de escolha do consumidor resta, de forma patente, prejudicado.

Há ainda que se destacar o sistema de proteção do consumidor, sendo que o próprio CDC faz referência a ele. Denise Baumann (cf. FILOMENO, 1998, p. 109) pondera que o chamado 'direito do consumidor' é "um conjunto de normas difusas, de origem um tanto diversificada, de textos especiais recentes ou de textos antigos, (...) de construções jurisprudenciais e de análises doutrinárias, e que se referem, de quando em quando, ao direito civil, ao direito comercial e ao direito penal".

E NERY JÚNIOR (1998, p. 430) finaliza:

"O 'sistema' de proteção ao consumidor encerra conceito mais amplo do que o de um 'código' de proteção do consumidor. Incluem-se no 'sistema de proteção ao consumidor' as disposições legais de proteção do consumidor em sentido estrito, bem como as relativas à proteção *indireta* do consumidor, como as leis de combate à concorrência desleal e leis antitruste".

Concluindo sobre a importância da defesa da concorrência:

"Assim, em uma economia de mercado – como ainda pretende ser a nossa, porquanto ainda não o é –, é fundamental que exista a livre concorrência entre empresas, já que é por seu intermédio que se obtém a melhoria da qualidade dos produtos e serviços,

o desenvolvimento tecnológico na fabricação e melhores opções ao consumidor ou usuário final” (FILOMENO, 1998, p. 69).

Pode-se destacar, a título ilustrativo, as conclusões do “Simpósio sobre lei antitruste e direitos do consumidor” (realizado de 21 a 23/09/94, Porto Alegre-RS). No painel sobre a lei antitruste como instrumento para a defesa do consumidor, ficou comprovada a estreita ligação entre os dois temas tratados e a existência de uma série de objetivos comuns: a defesa do mercado e da concorrência, como instrumento para um mercado transparente e saudável, e a defesa do consumidor e de um mercado harmônico e leal como objetivo maior do CDC.

6. Cartel: conceito, critérios para sua verificação, implicações para o mercado, competência do CADE

A repressão ao abuso do poder econômico é uma norma programática, isto é, estabelece metas que devem ser cumpridas para alcance de determinado fim. No caso, o objetivo maior é o equilíbrio do mercado como um todo, no intuito de proteger os consumidores, bem como as entidades que sobrevivem de práticas comerciais, sempre partindo do pressuposto da manutenção da livre concorrência. Para que isso se torne real, o Estado age como um mandatário da sociedade, tendo como papel restaurar a ordem jurídica violada no caso concreto, ou ainda tomar medidas preventivas para que o prejuízo não ocorra.

Nesse quadro, a formação de cartéis talvez seja a prática mais ofensiva, mesmo porque geralmente é acompanhada e/ou precedida de práticas de *dumping* e várias outras formas de extermínio da concorrência.

A noção de *dumping*, como ensina VAZ (1993, p. 313), transposta para o âmbito do mercado interno, foi delineada em julgamentos do CADE:

“*dumping* é a temporária e artificial redução de preços para oferta de bens

ou serviços por preços abaixo daqueles vigentes no mercado, provocando oscilação em detrimento de concorrente, e subsequente elevação, no exercício de especulação abusiva. Assim, o mero aliciamento de clientela de competidor mediante oferecimento de preços menores que os daquele não basta, por si só, à configuração do ilícito”.

O Cartel pode ser definido como uma política de preços, cujas regras são ditadas por uma ou mais sociedades que tenham domínio suficiente do mercado, o que significa dizer que podem-se manter e, além do mais, estão em condições de obrigar as demais sociedades, sob pena de as mesmas serem “naturalmente” excluídas do mercado. Porém, nem sempre foi assim. Isabel Vaz ensina que, em alguns locais e épocas, as sociedades passaram a se associar com outras do mesmo nível – na defesa contra o aviltamento dos preços em horas de crises agudas ou para subtraírem a concorrência danosa, aumentando, assim, seus lucros. Dessa prática é que depois surgiu o cartel, com um caráter pejorativo, significando o acordo entre sociedades para *disciplinar a concorrência*, por várias formas, evoluindo, em muitos casos, para a própria defesa econômica das empresas (atividade) símile, por meio da constituição de órgãos centralizadores incumbidos da aquisição de matérias-primas, ou da venda dos produtos, ou da distribuição territorial das zonas de atuação.

A legislação atinente a essa prática anticoncorrencial hoje é, no Brasil, basicamente, a Lei Antitruste, já exaustivamente comentada. Porém, essa matéria mereceu atenção do legislador bem antes de 1994. Em 1951, fora editada a Lei n. 1.521, que tipifica como crime contra a economia popular o “ajuste de preços entre concorrentes com a finalidade de manipular o mercado”. Tal vulto tomou a matéria que, em 1988, a mesma foi erigida ao cânone constitucional, como se depreende do art. 170, IV, da Constituição Federal em vigor, e que reflete a po-

sição dominante nas principais constituições contemporâneas, qual seja, a repressão às práticas que possam gerar domínio do mercado, com eliminação da concorrência, por meio de ajuste de preços. Como complemento, tem-se ainda a Lei n. 8.137/90, que, em seu art. 4º, dispõe:

“Art. 4º – Constitui crime contra a Ordem Econômica:

(...)

III – discriminar preços de bens ou prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar total ou parcialmente a concorrência.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos ou multa”.

Essa prática de uniformização de preços é antiga e partiu, principalmente, de grandes organizações internacionais, tomando grande vulto o cartel de energia elétrica, ou o de petróleo, por exemplo. Nesse contexto, foram realizadas algumas pesquisas que demonstraram a existência de contratos restritivos, monopolizando tecnologia e mercados em escala mundial, o que determinou a divisão dos países em desenvolvidos e subdesenvolvidos. Destacam-se os contratos particulares, estabelecidos pelas grandes corporações privadas, observados princípios de boa administração empresarial, visando à maximização de lucros. Grandes são as conseqüências, principalmente para os países subdesenvolvidos, que vêm ainda menor o espaço em que podem atuar segundo seus próprios critérios e visão de mercado, vez que passam a agir conforme regras ditadas por outrem. Nesse passo, pode-se citar a redução da participação da indústria nacional no ramo de energia elétrica, em virtude do cartel internacional que comanda esse setor: em 1964, a indústria nacional participava em 60%, percentual reduzido para 8,7% em 1972, quando as importações implodiram, subindo de US\$ 67.016.696 para mais de US\$ 1.355.581.984, em 1974 (cf. MIROW, 1978, p. 59). Em nível

internacional, os cartéis chegam a um grau tão elevado de organização que há até mesmo a regulamentação de sua estrutura e funcionamento. Como exemplo, Mirow cita os artigos abaixo, extraídos do Regulamento de um dos grandes cartéis internacionais:

“Artigo 24 – os preços finais de venda decididos em reunião deverão incluir 2% para a constituição, pelo componente que receber a encomenda, de uma ‘reserva para combate’.

Artigo 50 – caso algum componente deixe de participar neste programa, ele será sistematicamente combatido pelas demais que alternar-se-ão no combate.

Parágrafo único – para os efeitos deste artigo, os componentes utilizar-se-ão da reserva estabelecida no artigo 24”.

No âmbito interno, enormes são os reflexos também e variam de acordo com o tamanho do mercado, bem como com a importância do produto ou serviço atingido. Quando estabelecido, o cartel obriga o concorrente ou a agir conforme suas regras, ou a lançar mão de estratégias mais do que eficientes, de modo a aumentar sua participação no mercado. Desse modo, com a redução de custo e a hábil política de preços, transferindo ao consumidor a economia de escala obtida, impede o surgimento de concorrentes novos, estabelecendo o domínio sobre o mercado. Quando alcançada a posição dominante, não mais haverá concorrente hábil a afetar lucros e preços.

Há quem defenda a utilidade do cartel, argumentando que o consumidor seria melhor servido por monopólios bem estabelecidos, utilizando toda a potencialidade de curvas de experiência acumulada. E defendem que leis antitrustes deverão ser revogadas, pois custam milhões ao consumidor, perpetuando a ineficiência. E que os preços poderiam ser melhores, os salários mais elevados, a produção substancialmente aumentada por concentração industrial. Por fim, que somente os grupos monopolistas

possuem margem de segurança bastante em suas operações industriais para poderem-se dar ao luxo de promover o bem social.

Como referido anteriormente, a formação de cartel é precedida de outras práticas. Entre essas, destaca-se o monopólio de tecnologias, sistema de licenciamentos mútuos (chamado *cross-licensing*), o que permite o fechamento em um só grupo, sendo os prejuízos repassados ao consumidor, por exemplo, e os benefícios repartidos entre os membros do grupo. Além dessa, pode-se citar também a aquisição de sociedades menores, o boicote e o *dumping*, que são utilizados, principalmente, quando o concorrente está chegando ao mercado, o que o faz sucumbir já de início, posto que passa a acreditar em sua incapacidade gerencial. Há, ainda, uma prática para manutenção do cartel, que são os chamados *compensation payments* (pagamentos de compensação): isso significa que os preços praticados incluem uma parcela variável a ser paga a um fundo de compensação destinado a indenizar os custos de propostas fictícias, por exemplo.

A competência para averiguação é do Ministério da Justiça, que o faz por intermédio do CADE, que tem competências indeclináveis e indelegáveis, sendo auxiliado pela SDE (que instaura os processos a serem por ele julgados) e pela SEAE (vinculada ao Ministério da Fazenda).

Benjamin Shieber, citado por Carlos Eduardo Vieira de CARVALHO, tece o seguinte comentário:

“os benefícios econômicos que se esperam da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa os interesses do consumidor, que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa os interesses das empresas concorrentes, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e

de crescer pelo mérito de seus atributos, sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades de empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da nação de um parque industrial moderno que o fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram sua vida cotidiana”.

Como já referido, na averiguação das práticas anticoncorrenciais, entre elas a formação de cartel, deve-se levar em consideração não os fatos isolados, mas todo o contexto. Isso consubstancia a *regra da razão*, que prega a necessidade de um levantamento da conjuntura econômica em que se celebrou o reajuste ou acordo para restringir a concorrência, bem como da conjuntura posterior à efetivação do acordo, para verificar as mudanças e os efeitos acarretados pelo mesmo. Assim, no dizer de CARVALHO (1994, p. 16),

“haverá, portanto, situações em que a autoridade investigadora não veja configurado, na conduta, objeto anticoncorrencial. Deverá, então, averiguar os efeitos que tal conduta teria causado ou poderia causar no mercado, não se podendo deixar de considerar que o agente econômico, além de objetivar sua eficiência, deverá, ainda, preocupar-se com eventuais impactos de uma medida adotada e com a eficiência do mercado”.

Assim, a defesa da concorrência deverá sempre obedecer a regra da razoabilidade, vez que, no dizer de VAZ (1993, p. 5), “interesses comuns, de natureza econômica e outras, buscam as formas jurídicas como meio de institucionalizar a aproximação dos povos, de conquistar novos mercados, fortalecer as economias mais débeis e, também, como estratégia para assegurar a manutenção de posições já conquistadas”.

Na investigação das práticas anticoncorrenciais (entre elas o cartel), alguns passos devem ser trilhados, sendo os principais:

a) avaliação da concorrência atual e futura;

b) comportamento anterior dos entes;

c) número, tamanho e fatias do mercado dos concorrentes. Se o mercado é dominado por poucas sociedades, as mesmas provavelmente recorrerão a condutas paralelas ou resultantes de conluio;

d) situação do comércio internacional e abertura do mercado;

e) natureza da concorrência. A concorrência entre sociedades pode assumir diversas formas, e nem sempre é baseada no preço. Ao avaliar o nível de concorrência dos preços, pode ser importante considerar como os preços são determinados: se foram baseados em lista de preço publicada, ou negociados individualmente; se é importante a prática do desconto e, em caso afirmativo, sobre que base são oferecidos tais descontos. Além dos preços, a concorrência pode ainda ser baseada na qualidade do produto, no serviço prestado após a venda, no desenvolvimento de novos produtos ou no estabelecimento de critérios de fidelidade à marca;

f) força financeira relativa das sociedades em questão;

g) ritmo de crescimento do mercado. De várias maneiras, isso pode produzir impacto. Mercados declinantes ou de lento crescimento podem não oferecer atrativos aos que poderiam entrar, mas as sociedades já estabelecidas não têm necessidade de concorrer; num mercado em rápida expansão, uma sociedade pode expandir meramente pelo esforço de acompanhar o resto da indústria. Em mercados de lenta expansão, as sociedades existentes provavelmente reagirão vigorosamente aos novos concorrentes, uma vez que o crescimento lento do mercado reduz a capacidade desses novos participantes de serem absorvidos no mercado;

h) análise da relação custo/benefício para a sociedade em aderir ou não a determinada prática anticoncorrencial;

i) avaliação da amplitude do mercado, com conseqüente avaliação do tanto que as

atividades comerciais de uma sociedade são ou serão limitadas pelas decisões tomadas por outros compradores e vendedores do mercado em que está competindo.

Mais especificamente, nos casos de averiguação da formação de cartéis, existem alguns critérios objetivos, indispensáveis à sua caracterização, a saber:

a) uniformidade de preços praticados;

b) uniformidade de percentuais de reajustes praticados;

c) diversidade ou equivalência dos custos de produção;

d) procedimentos comerciais uniformes;

e) notícia entre os membros do possível cartel do ajuste prévio.

Essas características devem ser analisadas tendo como base a situação do mercado no momento da averiguação, mesmo porque não mais existe o tabelamento de preços para praticamente todos os produtos, o que permite a existência de grandes variações. Deve-se levar em consideração também que há uma forte tendência dos fornecedores em evitar a concorrência, de modo a não perder espaço no mercado.

Todos esses fatores são importantes porque, atualmente, a simples existência de paralelismo não é suficiente para caracterização de ação concertada. Nesse ponto, Cabanellas (cf. CARVALHO, 1994, p. 12) traz à baila jurisprudência da Suprema Corte americana, a respeito do caso *Pevely Dairy Co. versus United States*, em que se comprovou que a simultaneidade e o paralelismo das alterações de preços realizadas por duas sociedades do setor de industrialização de leite decorreram do fato de se tratar de um produto homogêneo, cujos custos se compunham, fundamentalmente, de matéria-prima com preço regulado pelo Estado e de salários resultantes de negociações coletivas com o mesmo sindicato, além de ocorrer uma estrutura geral de custos basicamente semelhante.

Assim, pode-se concluir que uma sociedade exercerá posição dominante, dispondo de poder de mercado, sempre que pos-

suir aptidão para fixar preços acima dos níveis que prevaleceriam no mercado competitivo. Por isso é que, quando a Lei Antitruste, em seu art. 21, elenca como conduta indiciária de abuso a criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes, está-se referindo apenas às condutas que tenham por objeto ou produzam o efeito de dominar o mercado, de prejudicar a livre concorrência, e não às que dizem respeito, exclusivamente, a interesses individualizados das sociedades envolvidas, sem repercussão no mercado relevante, configurando um conflito de natureza privada, cuja solução deverá ser pleiteada junto ao Poder Judiciário, eis que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação desse Poder, não dispondo o CADE de competência para conhecer e decidir casos como tais.

Por fim, tentou-se fazer a ligação entre a prática do cartel e o fenômeno concentracionista. A doutrina é incipiente e os poucos autores preferem não tomar partido, caracterizando o cartel apenas como uma política ilícita, que visa à uniformização dos preços.

É mais fácil visualizar o cartel como consequência de uma prática concentracionista. Como já referido, o mesmo pode ser precedido de várias práticas como o *dumping*, mas também de fusões, incorporações ou outras. Neste caso, as sociedades já são dominadoras em potencial e apenas consolidam sua posição determinando a variação dos preços e, conseqüentemente, eliminando grande parte da concorrência.

Por outro lado, o cartel pode ser também um meio para alguma prática concentracionista. Aqui, ocorre o fenômeno inverso ao descrito anteriormente: pequenas sociedades se unem para a prática uniforme de preços e, dentro do grupo, algumas se destacam, uma vez que os preços praticados são iguais, porém as condições de exercício da atividade não, bem como os custos; assim, uma sociedade poderá ter lucro maior ou menor que outra. Dessa maneira, adquirindo posição dominante no grupo, a socieda-

de poderá adquirir, fundir-se ou associar-se a outras, consolidando sua posição dominante.

Essas são as conclusões deste estudo. É notório que o Direito é um ramo que permite que se chegue a conclusões diferentes, não se podendo afirmar que algo está terminantemente certo ou errado e imutável. *Portanto, permanece a discussão quanto a ser o cartel meio ou consequência do fenômeno concentracionista.*

7. Análise da ação civil pública relativa à cartelização dos postos de combustíveis de Salvador-BA

Trata-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, que contém obrigação de fazer e pedido liminar, fundamentada nos seguintes dispositivos legais: arts. 20 e 21, Lei 8.884/94; art. 5º, Lei 7.347/85; arts. 81, 82, 91 e 92, Lei 8.078/90; arts. 127, 129 e 170, IV e V, Constituição Federal de 1988, instaurada em desfavor de cento e vinte sete postos de combustíveis na cidade de Salvador.

Deu-se como consequência de inquérito civil aberto em atenção ao clamor do público, atemorizado com a elevação dos preços de combustíveis e a falta de opção quanto aos mesmos, uma vez que praticados uniformemente por mais de 90% dos entes atuantes nesse mercado. O inquérito foi instaurado por provocação do representante do então existente Departamento Nacional de Combustíveis (Secretaria Regional, vinculada ao Ministério das Minas e Energia).

O fato mais marcante, que chamou atenção do público em geral, foi o aumento dos preços entre 12 e 13 de julho de 1998, com reajuste de 7,7%, havendo também orientação sindical, amplamente divulgada, para que todos praticassem o mesmo preço reajustado, embora não tivesse ocorrido aumento de custos motivador de tal atitude.

Na seara penal, ocorreu a *notitia criminis*, com base no art. 4º da lei dos crimes econômicos (Lei 8.137/90). Com base em diligências preliminares, obtidas via ofícios

enviados à SDE, ao CADE e à Agência Nacional do Petróleo (ANP), foi caracterizado também ilícito civil.

O objetivo de todas essas providências era viabilizar a atuação do Ministério Público, que tinha a incumbência de demonstrar a formação de cartel. Para tanto, solicitou-se às Distribuidoras de Combustível atuantes no Estado (Esso, Texaco, Ipiranga, Petrobrás e Shell) uma relação com os preços de revenda de álcool e gasolina, praticados em junho, julho e agosto de 1998. Isso porque pretendia-se fazer uma contraposição entre o preço de compra pelos postos e o preço destes ao consumidor.

Nessa investigação, constatou-se que as distribuidoras prestaram informações que divergiam das constantes das notas fiscais recolhidas. Contrapondo-se a média obtida aos preços praticados em 1996, quando ainda havia o tabelamento, chegou-se a conclusão de que os postos estavam lucrando 600% sobre o álcool e 540% sobre a gasolina, o que foi considerado absurda concentração de renda, em um período de estabilidade para o funcionalismo público e privado.

Para apurar a combinação de preços, o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça do Consumidor (CEACON) solicitou uma reunião com representantes da ANP, da Delegacia de Crimes Econômicos e da Secretaria de Fazenda do Estado, quando então foram solicitadas as notas fiscais de compras já referidas, cuja análise só veio corroborar a hipótese já levantada: não houve aumento de custos que pudesse justificar o aumento do preço dos combustíveis.

Apresentadas as defesas, formalizadas de maneira também uniforme, foi possível concluir ser fraco o argumento de que houve um momento de retomada da livre concorrência, o que descaracterizaria o cartel. Porém, esse momento coincidiu com a instauração do inquérito civil que foi, na verdade, o único motivo para a redução dos preços.

Em março de 1998, todavia, ocorreu o ponto alto do processo de cartelização, que

foi a fixação dos preços em R\$ 0,99, quando o governo federal permitiu um reajuste. Para completar a uniformização, os postos rescindiram seus contratos com as administradoras de cartão de crédito, dificultando mais ainda a situação dos consumidores.

Em suma, ao final do inquérito civil, os postos não haviam oferecido defesa fundamentada em provas técnicas, que justificassem o aumento dos preços, em contraposição às provas extraídas da análise das notas fiscais de compra.

Base legal não falta para a condenação da prática uniforme e abusiva de reajuste de preços. Nesse passo, interessante a colocação do subscritor da ação em foco:

“A livre concorrência de há muito recebe do legislador pátrio um tratamento sério e responsável, condizente com a temática, sobretudo no momento econômico atual, quando observamos que a concentração absoluta do capital dos grandes conglomerados econômicos impõe as normas, dita as regras nas relações jurídicas, gerando um enorme fosso entre esses e os consumidores de bens e serviços nos segmentos básicos da economia”.

Interessante é o silogismo feito: atendeu-se à prescrição do art. 20, § 3º, uma vez que houve uniformidade de preços entre mais de 90% dos entes atuantes nesse mercado; houve a prática prevista no art. 20, III, uma vez que configurado o aumento de 600% nos lucros; houve ainda subsunção à hipótese legal do art. 21, parágrafo único, III, podendo-se concluir, diante disso, ter havido a formação de cartel.

Tendo em vista tais constatações, o Ministério Público solicitou: (a) liminarmente, o retorno à margem de lucros do ano de 1996; (b) em definitivo, a condenação dos réus, com fixação dos preços dos combustíveis, com base no preço do distribuidor, na margem de lucro de 1996, além dos custos comprovados pelos réus; a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC); a desconsideração da pessoa jurídica (art. 28, CDC), para ressarcimento dos danos ao consumidor; a de-

volução em dobro das vantagens auferidas com a formação de cartel, devendo ser revertido aos consumidores que assim pleitearem, e para o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor (art. 42, parágrafo único, CDC); aplicação de pena de multa no valor do dano patrimonial sofrido pelo consumidor, revertido em favor do Fundo já citado; realização de perícia econômico-contábil, para avaliar a evolução econômica dos preços praticados pelos postos.

Desse resumo, pode-se inferir que há condição legal possibilitadora do combate às práticas que impliquem prejuízo ao mercado em geral e, principalmente, ao consumidor. Muitas vezes, falta condição política para concretizar a lei, tendo em vista os interesses envolvidos e as conseqüências que um processo desse tipo pode acarretar aos culpados.

8. Conclusão

O movimento concentracionista iniciou-se, de um lado, para evitar os males da livre concorrência e, de outro, para propiciar o aumento da produtividade, com a racionalização da produção. Contudo, há que se atentar para o fato de que, atualmente, o objetivo que leva as empresas a se concentrarem não é mais o domínio do mercado, mas sim, de um lado, a reorganização da empresa e, de outro, o crescimento da eficiência das empresas coligadas, tanto pela diminuição dos custos, como pela elevação dos rendimentos e a melhoria da qualidade, a fim de se atingir a dimensão ótima. Todas essas transformações se deram em um contexto de mundialização.

Um dos maiores desafios da atualidade é aceitar a idéia de globalização não como um processo hegemônico e imposto por uma lógica histórica necessária, mas como um novo momento do capitalismo moderno, que oferece novas perspectivas. É nesse momento que se há de ter presente o sentido de elaborarem-se instrumentos jurídicos eficazes para a defesa do consumidor.

Como ensina VAZ (1993, p. 53),

“alguns autores entendem que o fenômeno econômico da concorrência não apenas pode registrar-se nas mais diversas atividades, como também existiu em todos os tempos: sempre que num meio qualquer duas ou mais pessoas se dedicarem isoladamente à mesma atividade profissional, num só lugar e servindo a um grupo único de consumidores ou usuários, ele surgiu sob formas diversas, despertando, aqui e ali, providências várias dos legisladores, ora no sentido de garanti-lo, ora no de limitá-lo”.

O legislador constituinte fez a opção pelo termo ‘livre concorrência’. Procedendo assim, acentuou o tipo de concorrência elevado à categoria constitucional. Não se busca apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico, mas se almeja atingir

“um ‘modelo eficiente’ de concorrência, compatível com as impurezas e imperfeições do mercado, mediante a utilização, se necessário, das regras jurídicas e das instituições para aquele fim criadas. Tais regras e instituições devem ser capazes de prevenir, apurar e reprimir quaisquer formas consideradas abusivas do poder econômico e podem ser classificadas como instrumentos de preservação do princípio da livre concorrência. No contexto das normas constitucionais onde se insere, a livre concorrência funciona também como uma das diretrizes que se impõem a todos quantos se dedicam ao exercício das atividades econômicas, ao lado da defesa do consumidor, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente” (VAZ, 1993, p. 101).

“O Governo, por sua vez, ao invés de promover a importação de produtos subsidiados, como meio de punir os produtores nacionais, deveria conceder-lhes subsídios e cobrar, com rigor, a contrapartida pelos benefícios

atribuídos. Não se compreende que um país de economia combalida como o Brasil feche os olhos para as práticas flagrantemente anticoncorrenciais, vigentes nos países ricos, acreditando, assim, poder obrigar os produtores nacionais a baixarem seus preços, sem lhes oferecer as vantagens que as economias desenvolvidas proporcionam aos seus agentes econômicos” (p. 355).

A defesa da ordem econômica, que por opção do sistema constitucional brasileiro implica uma ordem econômica fundada na liberdade de iniciativa e na valorização do trabalho humano a fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, aponta para a existência de um direito transindividual de natureza indivisível em que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Essa característica dos interesses protegidos pela Lei n. 8.884/94 legitima o Ministério Público a atuar nos processos.

Como resultado do presente estudo, verificou-se que a legislação atinente à matéria de controle é suficiente. A Lei Antitruste associada ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei da Ação Civil Pública fornecem supedâneo para que se efetive o controle das práticas comerciais, com o fito de que se obedeça aos princípios que regem a ordem econômica no Brasil.

Órgãos para cumprir as leis também não faltam, devendo-se destacar a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, além do CADE, que é uma autarquia federal. Porém, até neste ponto, a ineficiência já é iminente, vez que as SDEs dos demais Estados foram extintas, restando apenas a de Brasília e a do Rio de Janeiro, número com certeza insuficiente para atender a todo o país. Não bastasse isso, há ainda a demora na instauração dos processos administrativos que se fazem necessários. Demora-se muito na conclusão das investigações preliminares, quando a lei determina o pra-

zo de dias para que isso se dê. Depois disso, mais um longo tempo decorre até o julgamento dos processos. Quando, por fim, ele ocorre, corre-se o risco da ineficácia das medidas adotadas, embora a lei preveja que pode haver imposição de medidas preventivas.

Isabel Vaz, no corpo de sua obra, várias vezes se referiu à importância da vontade política para definir quais os bens objetos de tutela e proteção legal. Assim, conforme o momento vivido pelo mercado e pelo país, pode-se reprimir ou incentivar determinadas práticas. Por isso é que se pode falar que, quando da aplicação da lei, também conta sobremaneira a vontade política, até mesmo para dar impulso aos atos processuais.

Deve-se ressaltar que, desde 1996, o CADE adotou um plano que visa otimizar os resultados no atinente ao julgamento dos processos administrativos. Quer-se concluir, porém, com essas observações que não adianta a prescrição legal, e é antigo o brocardo que apregoa a necessidade da atividade humana no sentido de bem aplicá-la: “a letra é morta; o espírito, porém, vivifica”. Como sempre estão envolvidos grandes interesses e um volume grande de dinheiro, fica a pergunta: faltam meios, falta vontade política, falta verba ou sobram interesses?

Patente se fez, ou ao menos se tentou demonstrar, no presente trabalho, a relação entre os direitos da concorrência e do consumidor. É de se ressaltar ainda que a própria Lei 8.884/94 elenca como um de seus princípios a defesa do consumidor.

Como se viu, o direito à escolha é um direito básico do consumidor, aliado ao direito à informação, que é pressuposto daquele. E, em havendo prática restritiva da concorrência, o consumidor não poderá bem exercer seus direitos, sendo ainda submetido a políticas de preços desleais, estabelecidos de formas unilaterais e extremamente lesivas à livre concorrência.

Por fim, de todo o estudo ainda foi possível concluir que o cartel não é, em si, um

instrumento de concentração empresarial, sendo prática extremamente reprimida, vez que elimina, de plano, a concorrência.

Porém, muitas vezes é atividade-meio para futuras práticas concentracionistas; outras vezes, decorre dessas.

No primeiro caso, estando o ente no controle de algum fator que influencia o mercado (principalmente a fixação de preços, mas não só, ganhando relevo, atualmente, o domínio da tecnologia), poderá expandir suas atividades por meio de verdadeiras concentrações, o que pode soar como vantagem para os demais entes que, já estando enfraquecidos, às vezes podem ser beneficiados por uma fusão, aquisição ou incorporação que venham a sofrer.

De outro lado, se o ente já expandiu sua atividade de tal maneira a comandar o mercado, poderá oficializar esse domínio por meio da formação de um cartel, passando a fixar todos os preços e condições de ingresso no mercado. Assim aconteceu, por exemplo, com o já citado cartel de energia elétrica, que produz efeitos em âmbito mundial: sociedades, por diversas práticas, como o *dumping* ou as megafusões, adquiriram porte e importância tal que se tornaram dominadoras do mercado, fixando preços, condições e impedindo a entrada de novos concorrentes, bem como eliminando aqueles que não se adaptavam às suas regras.

Na cidade de Viçosa-MG, já foram realizadas averiguações preliminares nos postos de combustíveis e nas padarias, sendo o resultado enviado ao Secretário de Direito Econômico no Rio de Janeiro, bem como à Promotoria de Justiça da cidade. Não se pode ainda falar na existência de cartéis, visto que cumprida apenas a primeira etapa do procedimento administrativo que o apura; porém, os indícios são fortes, visto que a realização das investigações preliminares foi impulsionada por denúncias de uniformização de preços, com a prévia combinação, bem como extermínio de entes que não quiseram se submeter às condições impostas.

Notas

¹ Apesar de se ter originado do mundo jornalístico, a expressão *globalização* logo tornou-se comum, inclusive no universo político-ideológico. Entretanto, o conteúdo ideológico do termo, que fez com que se o entendesse como “um mundo econômico sem fronteiras”, provocou repulsa no meio científico. Dessa maneira, fica o questionamento: a globalização corresponde a um fenômeno novo dentro da evolução do capitalismo pós-80 ou trata-se apenas de mais um artifício ideológico?

A identificação precisa do fenômeno da globalização ainda demanda muito esforço, podendo ser feita sob diversas óticas. Vale citar o que diz VERNON (1980, p. 16): “As crescentes inter-relações das economias do mundo também se evidenciaram sob outros aspectos”. Mesmo de uma ótica econômica, compreende uma variedade de fenômenos. Pode-se dizer que, devido a seus efeitos, um dos sentidos mais utilizados seja o relacionado aos movimentos financeiros internacionais.

Segundo ASSIS (2000 p. A-3): “A recente globalização dificilmente poderia ser caracterizada por uma explosão dos investimentos diretos no exterior”.

² Há que se ressaltar, entretanto, que não se trata de fenômeno atual. Segundo VIEIRA (1976, p. 1): “Logo após a descoberta das Américas e dos novos caminhos para as Índias, (...) fenômenos surgiram em decorrência do enriquecimento da Europa e da brusca e extraordinária expansão do comércio entre as nações. (...) a criação das primeiras Companhias Internacionais de Comércio, precursoras das atuais *Trading Companies*, das quais as mais importantes foram as Companhias das Índias Orientais e das Índias Ocidentais”.

Bibliografia

- ASSIS, Luís Eduardo. O que de fato define a globalização. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 21 mar. 2000. p. A-3.
- BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 293 p.
- BAUMANN, Renato. Uma visão econômica da globalização. In: _____. (Org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Campus SOBEET, 1996. p. 33-51.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. 409 p.
- BRANDT, William K.; HULBERT, James M. *A empresa multinacional no Brasil: um estudo empírico*.

- Tradução Antônio de Mattos Vieira Machado. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1977. 183 p.
- BRASIL. Lei 3.071, de 1^a de janeiro de 1916. *Código Civil*. Congresso Nacional, Rio de Janeiro, RJ, 1916.
- BRASIL. Lei 556, de 25 de junho de 1850. *Código Comercial Brasileiro*. Assembléia Geral, Rio de Janeiro, RJ, 1850.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado), e dá outras providências. Brasília, DF, 1985.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.
- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 282 p.
- _____. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 312 p.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. II seminário internacional de defesa da concorrência. Brasília: [s.n.], 1994.
- COMPARATO, Fábio K. *Fusões e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 243 p.
- COUTINHO, Luciano G. A fragilidade do Brasil em face da globalização. In: BAUMANN, Renato (Org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Campus SOBEET, 1996. p. 219-237.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Lei antitruste. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 345 p.
- DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 350 p.
- FERRAZ, Daniel Amin. *A joint venture e a internacionalização das empresas: a joint venture como instrumento jurídico fundamentador da internacionalização multidoméstica e da globalização das empresas e o decorrente crescimento econômico*. 1995. 294 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 106-126.
- LERDA, Juan Carlos. Globalização da economia e perda de autonomia das autoridades fiscais, bancárias e monetárias. In: BAUMANN, Renato (Org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Campus SOBEET, 1996. p. 239-263.
- LOBO, Jorge Joaquim. *Grupo de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 140 p.
- MAIA, Jayme de Mariz. *Economia internacional e comércio exterior*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. 335 p.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 479 p.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 542 p.
- MIROW, Kurt Rudolf. *A ditadura dos cartéis: anatomia de um subdesenvolvimento*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1978. 272 p.
- NASCIMENTO, T. M. C. do. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 190 p.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 342-459.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 401 p.
- REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 566 p.
- SALLES, Carlos Alberto de. O direito do consumidor e suas influências sobre os mecanismos de regulação do mercado. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 17, p. 85-96, jan./mar. 1996.
- SANVICENTE, Antonio Zoratto. *Empresas multinacionais: estrutura administrativa e administração financeira*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos; São Paulo: USP, 1975. 146 p.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 681 p.
- VERNON, Raymond. *Tempestade sobre as multinacionais*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. 204 p.
- VIEIRA, Dorival Teixeira e CAMARGO, Lenita Corrêa. *Multinacionais no Brasil: diagnóstico e prognóstico*. São Paulo: Saraiva, 1976. 389 p.

Propostas de reforma do sistema tributário brasileiro

Luís Alberto Mendonça Meato

Sumário

1. Considerações sobre a proposta de reforma tributária do relator da comissão do Congresso Nacional – Dep. Mussa Demes. 2. Considerações sobre a proposta do Ministério da Fazenda. 3. Considerações sobre as propostas anteriores. 4. Comentários às Propostas de Reforma Tributária do Dep. Marcos Cintra – PECs nº 183 e 474. 5. Proposta do Relator da Comissão – Deputado Mussa Demes. 6. Proposta do Ministério da Fazenda. 7. Propostas do Deputado Marcos Cintra. 8. Emenda Constitucional nº 33/2001.

1. Considerações sobre a proposta de reforma tributária do relator da comissão do Congresso Nacional – Deputado Mussa Demes

Analisando a proposta de Emenda Constitucional nº 175-A do Relator da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Deputado Mussa Demes¹, e as tentativas de modificações pelo Poder Executivo, pode-se concluir que, mais uma vez, ao invés de diminuir a carga tributária, pretende-se sua majoração; contrariando a própria ordem econômica vigente.

Segundo informações da própria Receita Federal², a carga tributária passou de 25,5% do PIB em 1991 para 30,1% em 1999, não havendo nenhum indício concreto de reviravolta desses indicativos.

Não é salutar que se corporifique os termos contidos na síntese da matéria veiculada pelo jornalista Joelmir Beting (2000, p. 42):

Luís Alberto Mendonça Meato é advogado.

“Está ruim? Vai piorar

Consenso preliminar na confraria dos tributaristas: a oitava proposta de reforma tributária aviada pelo Governo é tecnicamente ruim, sobre ser politicamente permissiva. Eles apontam três desvios de rota: 1) não simplifica a carpintaria fiscal do Governo nem dos contribuintes; 2) não redistribui a carga tributária excessivamente concentrada; 3) não reduz o peso dessa carga, já situada acima da capacidade contributiva da economia e da sociedade.”

Indo além e elastecendo-se no tempo, verifica-se que nunca houve realmente uma diminuição dos gastos do Governo, como também demonstra estudo (DANTAS, 2000, p. B4) dos economistas João Victor Issler e Luiz Renato Lima, publicado no *Journal of Development Economists*:

“As tentativas de ajuste fiscal promovidas pelo Estado brasileiro em praticamente todo o período do pós-Guerra, de 1947 a 1992, têm uma característica comum e alarmante: nunca se basearam em cortes de despesas, sendo realizadas sempre com aumento de tributos, ou pelo imposto inflacionário.”

E seguem dizendo o mais alarmante:

“Outra descoberta de Issler e Lima é que os gastos do Estado brasileiro não têm nenhuma correlação com a arrecadação tributária. “Do ponto de vista prático, o Estado no Brasil simplesmente gasta para depois buscar as formas de financiar estas decisões de gasto.”

Essas afirmações são alarmantes, e infelizmente contundentes, principalmente se adentrarmos na análise das duas propostas de reforma tributária mais recentes: a do Relator da Comissão, e a nova enviada pelo Poder Executivo.

O retrocesso mais marcante é a retirada da tributação eletrônica, que se disvirtuou com a CPMF. Isso porque a proposta inicial seria a superveniência de apenas poucos impostos junto do IMF (imposto sobre mo-

vimentação financeira), entre outros o IVA (imposto sobre o valor agregado).

2. Considerações sobre a proposta do Ministério da Fazenda

Ao Projeto de Emenda à Constituição de nº 175, datada de 1995, fora encaminhada nova proposta por parte do Governo Federal, no intuito de se tentar chegar a um consenso em torno de um projeto único, que não sofra qualquer rejeição durante a votação em plenário.

Vários artigos contidos na proposta do Relator da Comissão permanecem na proposta do Governo, com inúmeras modificações.

Perpetua-se nessa proposta a figura do imposto eletrônico, representado pelo Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores de créditos e direitos de natureza financeira:

“Art.153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

VIII - movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.”

Ao contrário do Relator da Comissão do Congresso, que omite qualquer proposição nesse sentido, é cláusula a qual o Governo se nega a negociar, tendo em vista que a CPMF é o tributo que se mostra de maior eficiência, e de menor custo na arrecadação.

3. Considerações sobre as propostas anteriores

Tanto numa como noutra proposta invariavelmente há uma tendência de aumento da carga tributária, simplesmente pelo aumento do campo da incidência tributária. Ao contrário do que se esperava, não há diminuição desse respectivo campo, mas sua ampliação.

Ademais, como nas propostas anteriores, não foi discutido o valor das alíquotas dos tributos, não havendo como se quantificar a carga tributária. Percebe-se uma am-

pliação considerável no âmbito de incidência dos tributos.

O Projeto de Reforma Tributária do Dep. Federal Luiz Roberto Ponte, que data de 1991, sugere como base a implantação do ITF (Imposto sobre todas as Transações Financeiras). Mesmo aprovado pela Comissão de Justiça, não teve o clamor necessário para sua implantação, dando ensejo ao enorme crescimento do endividamento interno brasileiro.

Contudo, com a implantação do IPMF, e agora por meio da CPMF, chegou-se a conclusão que esses foram os únicos tributos aos quais todos contribuíram sem qualquer distinção: aquele que ganha mais contribui proporcionalmente com mais; enquanto aquele que ganha menos contribui com proporcionalmente menos, tendo em vista a alíquota ser fixa.

A hora e a vez de o Brasil crescer é agora, quantificando seus gastos e melhorando sua arrecadação, observando os novos caminhos da economia, que invariavelmente sofrerão a incidência dos dígitos eletrônicos.

Todas as grandes operações monetárias e financeiras há muito tempo não são efetivas via papel-moeda, e sim por meio dos dígitos das contas bancárias. Dessa forma, desejando-se que aqueles que possuam mais recursos contribuam com mais ênfase com os recursos para gerir a economia do Estado, necessário que se repense o modelo arcaico da tributação atual.

A prática demonstra que a CPMF foi a única a quantificar o tamanho do rombo criado com a sonegação, avaliando-se por baixo em 01 PIB o valor do “submundo-econômico”, por meio do cruzamento de dados dessa contribuição com aqueles fornecidos à Receita Federal pelo contribuinte que presta declaração de renda.

Muitos nem ao menos declaram renda, mas movimentam grandes somas de dinheiro em vastas contas bancárias. Ora, sendo assim, valeria a pena que o Fisco arrecadasse todo percentual possível diante de um maior campo de incidência, que abrangesse

tudo esse mundo submerso, sendo a arma capaz de efetivar essa realização o chamado Imposto eletrônico.

A única preocupação seria torná-lo de acordo com o objeto de sua criação; ou seja, *a perpetuação de sua existência em detrimento da retirada de outros tributos* como o IOF, PIS, COFINS, e não como é atualmente mais um tributo a preencher a vasta lista já existente.

Existe até proposta nesse sentido, veiculada por meio do Projeto de Emenda Constitucional de nº 256 (JORNAL DO COMÉRCIO, 2000, p. A-13):

“A proposta de Emenda Constitucional (PEC) 256, apresentada no fim de junho, prevê a substituição parcial ou total da contribuição patronal para a Previdência Social recolhida sobre a folha de salários das empresas por um Imposto sobre Movimentação Financeira (IMF) de 0,5%.”

Outro fator positivo para o Brasil, neste momento de discussões, é aproveitar estudos existentes em outros países, como por exemplo na União Européia³, que questiona a utilização do princípio do destino em relação ao recolhimento de impostos de consumo, e adaptá-los, solucionando-os com a experiência nacional.

Na proposta do Governo, aparece no art. 153, inciso IV, a figura de um imposto “sobre bens e serviços”, similar ao imposto “sobre o valor agregado”, o chamado IVA.

Na União Européia⁴, identificou-se uma brecha que tornava possível a sonegação, quando produtos fabricados em determinado país, com alíquota mais baixa, eram alocados como se fossem transferidos para outro país da Comunidade, isentando-o de taxa; mas que, na realidade, não saíam do respectivo território.

Pois bem, diante da experiência brasileira, poderia ser utilizada a figura do imposto eletrônico, para, por exemplo, confrontar os dados concernentes às saídas das mercadorias e a incidência do recolhimento no consumo. Algo idêntico foi feito pela Receita Federal para tentar valorar o tamanho da

sonegação no Brasil ao confrontar dados totalizados de movimentação de contas bancárias em relação ao que se recolhe de tributos.

Nesse sentido, a proposta de Projeto de Emenda do Deputado Marcos Cintra parece ser mais realista, na qual vislumbra-se verdadeiramente uma busca do que seria melhor para o Sistema Tributário Nacional, devendo apenas ser melhorado com a retirada de excessos, como a proposição dos adicionais do IMF. Vejamos a seguir:

4. Comentários às propostas de reforma tributária do Deputado Marcos Cintra - PECs nº 183⁵ e 474

Permanecendo in tactas as propostas apresentadas anteriormente, visualiza-se mais satisfatória a uma ampla reformulação do Sistema Tributário Nacional a proposta elaborada pelo Deputado Federal pelo Es-

tado de São Paulo Professor Marcos Cintra, sendo necessária a retirada dos adicionais ao Imposto sobre movimentação financeira.

A proposta do Dep. Marcos Cintra é a única que já traz a discussão em torno dos valores concernentes aos percentuais de incidência do Imposto sobre movimentação financeira, conforme afirma o mesmo em suas “Justificativas”:

“O IMF e seus adicionais serão arrecadados em conjunto, com alíquota global estimada de 2,7%, sendo 1,4% para a Previdência Social e 1,3% para os Estados. O IMF será arrecadado em procedimento único, sendo de 1,35% no débito e 1,35% no crédito, e a arrecadação será repassada diretamente dos bancos para os titulares (Previdência e Estados).”

É o que demonstra a tabela de sua autoria:

Impacto da aplicação do imposto sobre valor agregado (IVA) de 17% e de um imposto sobre movimentações financeiras (IMF) de 2,7% sobre os custos de produção de diversos setores da economia brasileira			
Setores	Carga tributária % sobre custo de produção		
	IVA (17%)	IMF (2,7%)	
1	Agropecuária	29,8	8,9
2	Extração Mineral	26,8	8,2
3	Petróleo e Gás Natural	22,4	7,3
4	Carvão Mineral	24,6	7,2
5	Minerais Não-Metálicos	25,3	8,5
6	Metalurgia	23,8	9,9
7	Mecânica	22,1	8,1
8	Material Elétrico e de Comunicações	23,6	8,4
9	Material de Transporte	22,9	9,6
10	Madeira	26,9	9,2
11	Mobiliário	25,5	9,3
12	Papel e Papelão	25,7	9,7
13	Borracha	23,9	9,5
14	Couros e Peles	24,6	9,5
15	Destilação de Alcool	31,4	11,1
16	Refino de Petróleo	18,4	4,1
17	Indústria Farmacêutica	22,7	7,3
18	Perfumaria, Sabões e Velas	25,0	9,0
19	Outros Produtos Químicos	24,0	8,2
20	Têxtil	27,1	10,7
21	Vestuário e Calçados	27,0	10,4
22	Alimentos	28,2	10,4
23	Bebidas	24,5	9,0
24	Fumo	26,8	9,3
25	Editorial e Gráfica	23,5	8,0

Impacto da aplicação do imposto sobre valor agregado (IVA) de 17% e de um imposto sobre movimentações financeiras (IMF) de 2,7% sobre os custos de produção de diversos setores da economia brasileira			
Setores		Carga tributária % sobre custo de produção	
		IVA (17%)	IMF (2,7%)
26	Indústrias Diversas	25,2	8,5
27	Energia Elétrica	23,7	6,9
28	Saneamento e Abastecimento de Água	20,4	5,3
29	Construção Civil	25,0	8,5
30	Comércio	23,8	6,1
31	Serviços de Transportes e Comunicações	22,0	5,9
32	Financeiro	22,0	4,7
33	Outros Serviços	22,4	5,9

Por meio da PEC 474, o Prof. Marcos Cintra demonstra que deseja lutar pela implantação do IMF – imposto único, com mais ênfase, quedando-se pela discussão em torno de menos impostos em relação a sua proposta de nº 183.

Contudo, ainda traz um transtorno ao propor a criação de uma contribuição eletrônica (CMF), ao lado do Imposto eletrônico (IMF), em seu art. 195, I – uma nova espécie de adicional, como na proposta anterior.

Por certo, a melhor proposição estaria na criação do IMF e do IVA como os únicos impostos arrecadatários. O primeiro sobre a movimentação financeira, e o segundo sobre o outro grande grupo de incidência: o consumo de bens e serviços, como alinhado na tabela anterior.

Tributando-se esses dois grandes grupos de incidência, poderíamos ter uma garantia maior em relação à transição a ser processada, quando da feitura dessa imensa reforma, sendo esse o melhor caminho para uma contundente Reforma Tributária.

5. Proposta do Relator da Comissão – Dep. Mussa Demes⁶

Comissão Especial

Proposta de Emenda à Constituição

nº 175, de 1995

Reforma Tributária

Texto da Constituição Federal com as alterações do Substitutivo da Reforma Tributária

Art. 100. À exceção dos créditos de natu-

reza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 4º Por opção do credor, o crédito indicado em precatório poderá ser compensado com débito tributário seu, inscrito em dívida ativa, relativo à mesma Fazenda Pública.

MANTIDOS OS §§.

Título VI

Da Tributação e do Orçamento

Capítulo I

Do Sistema Tributário Nacional

Seção I

Dos Princípios Gerais

Art.145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – *contribuição de melhoria, destinada a financiar obra pública, que terá como limite total sua despesa orçada.*

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contri-

buinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

§ 3º É facultado à autoridade tributária requisitar às instituições financeiras, na forma prevista em lei complementar, informações sobre as operações dos contribuintes.

§ 4º Ninguém será processado penalmente antes de encerrado o processo administrativo tributário que aprecie a matéria da denúncia.

Art.146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Art.147. Competem à União, em Território Federal os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.

Art.148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - para financiar investimentos públicos de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

§ 1º A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

§ 2º Não poderá ser instituído empréstimo compulsório se a União estiver inadimplente em relação a outro.

Art.149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

§ 2º O Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuições destinadas ao custeio de serviços de limpeza e de iluminação de logradouro público, que terão como limite total a despesa a realizar.

Seção II

Das Limitações do Poder de Tributar

Art.150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da publicação da lei que os instituiu ou aumentou, ainda que observado o disposto na alínea anterior;

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, admitida a cobrança de pedágio;

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

§ 1º A vedação do inciso III, 'b' e 'c', não se aplica aos empréstimos compulsórios e aos impostos previstos nos arts. 153, I, II e V, § 6º, II, e 154, apenas no que for cobrado pela União.

§ 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, 2, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

§ 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

§ 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão relativos a impostos, taxas ou contribuições só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição.

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurados o pagamento da diferença quando a base de cálculo presumida tiver valor inferior à efetivamente ocorrida e a imediata e preferencial restituição da quantia paga, ou paga em excesso, quando não se realizar o fato gerador presumido ou, realizado o fato gerador, a base de cálculo presumida tiver valor superior à efetivamente ocorrida.

Art.151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art.152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Seção III

Dos Impostos da União

Art.153. Compete à União instituir im-

postos sobre:

I – importação de produtos estrangeiros e de serviços;

II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, e de serviços;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV – (REVOGADO)

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1º *É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II e V.*

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

II – poderá ser exigido, antecipadamente, dentro do período de apuração, nos termos da lei, sem prejuízo da compensação ou restituição do valor que exceder ao efetivamente devido no encerramento do mesmo período.

§ 3º (REVOGADO)

§ 4º O imposto previsto no inciso VI terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.

§ 5º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do *caput* deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:

I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;

II - setenta por cento para o Município de origem.

§ 6º A União poderá instituir:

I – imposto sobre a renda negativo, aplicável às famílias de baixa renda, nas condições e limites estabelecidos em lei;

II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Seção IV

Do Imposto da União, dos Estados e do Distrito Federal

Art. 154. *As operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, ficarão sujeitas a imposto, cuja arrecadação será compartilhada entre a União, os Estados e o Distrito Federal, instituído e regulado em lei complementar, observado o seguinte:*

I – o imposto será não-cumulativo, compensando-se o que for devido, em cada operação ou prestação:

a) na determinação do imposto devido aos Estados e ao Distrito Federal, com o montante por eles cobrado nas operações e prestações anteriores;

b) na determinação do imposto devido à União, com o montante por ela cobrado nas operações e prestações anteriores;

II – a lei complementar indicará as formas de aproveitamento e de ressarcimento do saldo credor do imposto em poder do contribuinte;

III – as alíquotas serão uniformes em todo o território nacional, e poderão ser seletivas;

IV – as alíquotas da União serão fixadas em lei, sendo admitida a faculdade de que trata o art. 153, § 1º;

V – as alíquotas dos Estados e do Distrito Federal serão fixadas pelo Senado Federal, mediante resolução de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada por três quartos de seus membros;

VI – a lei estadual poderá aumentar ou reduzir, em até dez por cento, as alíquotas estaduais;

VII – as alíquotas da União e as dos Estados e do Distrito Federal serão aplicadas sobre a mesma base de cálculo;

VIII – nas operações e prestações interestaduais entre contribuintes, a alíquota estadual será eliminada e a federal acrescida dos pontos percentuais correspondentes à alíquota estadual;

IX – nas operações e prestações interestaduais destinadas a não contribuinte ou a contribuinte submetido a sistema simplificado que implique a não utilização do imposto anteriormente pago, será devido à União o montante do imposto resultante da aplicação da alíquota estadual na forma prevista no inciso anterior;

X – no caso do inciso anterior, a União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto calculado através da alíquota estadual, proporcionalmente à receita total do imposto;

XI – o imposto incidirá sobre a importação de bem, mercadoria e serviço cuja prestação tenha se iniciado no exterior destinados a pessoa física ou jurídica, qualquer que seja a finalidade, cabendo o montante do imposto cobrado através da alíquota estadual ao Estado em que situado o estabelecimento ou a residência do destinatário;

XII – o imposto não incidirá:

a) sobre a operação de exportação de mercadoria, nem sobre serviços prestados a destinatário no exterior;

b) sobre a prestação de serviço de navegação aérea;

c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

XIII – a lei complementar poderá equiparar a operação ou prestação:

a) a transmissão de título que represente a mercadoria;

b) a transferência de mercadoria para estabelecimento do mesmo titular;

c) o recebimento, do exterior, de bem, mercadoria ou serviço, ainda que o remetente ou prestador seja o destinatário;

XIV – a lei complementar poderá estabelecer sistema simplificado de pagamento do imposto, pelo qual poderão optar a microempresa e a empresa de pequeno porte por ela definidas, cujas operações e prestações se destinem, exclusivamente, a não contribuintes do imposto;

XV – a lei complementar:

a) disporá sobre a atribuição prevista no art.

150, § 7º, no caso do imposto;

b) disciplinará o regime de compensação do imposto;

c) indicará o local de ocorrência das operações e prestações para efeito da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável;

XVI – medida provisória não poderá ser adotada para dispor sobre o imposto;

XVII – é vedada a concessão de isenção, incentivo ou benefício fiscal relativos à parcela estadual do imposto;

XVIII – os gêneros alimentícios de primeira necessidade, listados em lei complementar, receberão tratamento mais favorecido;

XIX – a isenção relativa à parcela do imposto arrecadada pela União e a não-incidência serão uniformes em todo o território nacional e, salvo determinação em contrário da lei complementar:

a) não implicarão crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretarão a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

XX – os Estados e o Distrito Federal fiscalizarão o imposto, sem prejuízo da fiscalização cumulativa ou supletiva da União;

XXI – órgão do Poder Executivo dos Estados e do Distrito Federal decidirá o contencioso administrativo relativo ao imposto;

XXII – será da competência da Justiça estadual o julgamento das ações relativas ao imposto;

XXIII – lei complementar criará órgão colegiado com participação paritária da União, dos Estados e do Distrito Federal com atribuição, entre outras que indicar, de responder consultas e uniformizar a jurisprudência administrativa;

XXIV – caberá à União expedir o regulamento e os atos administrativos normativos, com a prévia audiência do órgão mencionado no inciso anterior.

Parágrafo único. O disposto no art. 102, §2º, será aplicado também, quanto a seus efeitos e eficácia, às demais decisões definitivas de mérito do mesmo Tribunal, proferidas por pelo menos dois terços de seus membros, relativas ao imposto de que trata este artigo.

Seção V
Dos Impostos dos Estados e do
Distrito Federal

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - (REVOGADO)

III - propriedade de veículos automotores;

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal;

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá a competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal.

§ 2º (REVOGADO)

§ 3º (REVOGADO)

Seção VI

Dos Impostos dos Municípios

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - venda a varejo e prestação de serviços efetuadas a não contribuintes do imposto de que trata o art. 154.

§ 1º O imposto previsto no inciso I poderá ter alíquotas diferenciadas, de acordo com a localização ou o uso do imóvel, nos termos de lei

municipal, e terá suas alíquotas máximas fixadas em lei complementar.

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem.

§ 3º O imposto previsto no inciso III:

I - incide sobre serviços listados em lei complementar;

II - não incide na exportação de mercadorias, nem sobre serviços prestados a destinatário no exterior;

III - incide na importação de bem, mercadoria e serviço cuja prestação tenha se iniciado no exterior destinados a não contribuintes do imposto de que trata o art. 154;

IV - terá sua alíquota máxima fixada em lei complementar.

Seção VII

Da Repartição das Receitas Tributárias

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - (REVOGADO)

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - cinquenta por cento do produto da arre-

cadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, sendo esse percentual elevado para cem por cento no caso de a União delegar, ao Município, a fiscalização e a arrecadação do imposto;

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação estadual referente ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e do produto de sua arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços, quarenta e sete por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à região, na forma que a lei estabelecer;

II – (REVOGADO)

§ 1º Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º (REVOGADO)

§ 3º (REVOGADO)

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta Seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

§ 1º A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias.

§ 2º O valor dos recursos retidos em virtude do disposto no parágrafo anterior não poderá exceder o dos créditos.

§ 3º Não se aplicará o disposto no § 1º enquanto o destinatário dos recursos ou autarquia sua for credor da União, dos Estados ou de suas autarquias.

Art. 161. Cabe à lei complementar:

I - definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;

III - dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e da liberação das participações previstas nos arts. 157, 158 e 159.

Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II.

Art. 162. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tri-

butos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio.

Parágrafo único. Os dados divulgados pela União serão discriminados por Estado e por Município; os dos Estados, por Município.

Art. 167. São vedados:

§ 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 154, 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, 'a' e 'b', para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.

MANTIDOS OS INCISOS E DEMAIS §§.

Art. 171. A lei poderá definir práticas de comércio exterior danosas à economia nacional, e autorizar a cobrança de direitos e a imposição de limitações e sanções que visem a neutralizá-las ou coibi-las.

Parágrafo único. A cobrança de direitos e a imposição de limitações e sanções poderão retroagir à data da publicação do ato que indicar o início do processo de apuração das práticas.

Título VIII
Da Ordem Social
Capítulo I
Disposição Geral

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

§ 1º A União instituirá contribuição social, devida por qualquer pessoa jurídica, de direito público ou privado, ou por quem a ela a lei equiparar, para o custeio de suas ações sociais nas áreas de:

I - seguridade social;

II - ensino fundamental público;

III - amparo ao trabalhador, especialmente através dos programas de:

a) seguro-desemprego;

b) apoio à geração de emprego, através de microempresas e pequenas empresas.

§ 2º Parcela da contribuição prevista no parágrafo anterior será destinada ao financiamento da seguridade social.

§ 3º A contribuição de que trata o § 1º:

I - será não-cumulativa, nos termos da lei, podendo, inclusive, para os contribuintes do imposto de que trata o art. 154, ser cobrada na forma de um adicional da parcela federal daquele imposto;

II - não incidirá sobre a exportação para o exterior nem sobre a receita dela decorrente;

III - incidirá sobre a importação de bens e serviços, efetuada por pessoas físicas e jurídicas;

IV - poderá ter fatos geradores, alíquotas e bases de cálculo diferenciados em razão da atividade econômica ou da intensividade de utilização de mão-de-obra;

V - sujeitar-se-á ao disposto no art. 150, III, c, e não se sujeitará ao disposto no art. 150, III, b.

§ 4º O total dos percentuais dos adicionais previstos no § 3º, I, ou das alíquotas da contribuição não poderá ser superior a sessenta por cento da correspondente alíquota estadual do imposto de que trata o art. 154.

§ 5º Lei complementar disporá sobre parcelas mínimas do produto da arrecadação da contribuição de que trata o § 1º a serem destinadas ao financiamento das ações mencionadas em seus incisos, e na seguridade social, bem como sobre a constituição de reserva, adicional à prevista no art. 239, § 1º, a ser aplicada no financiamento de programas que visem a ampliar a geração de emprego, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.

Art. 194. (MANTIDO)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento, no caso de não contribuintes da contribuição de que trata o art.

193, § 1º;

c) REVOGADO

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

§ 4º (REVOGADO)

DEMAIS §§ MANTIDOS.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento de ensino.

§ 5º *O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento recursos provenientes do produto da arrecadação da contribuição social de que trata o art. 193, § 1º.*

§ 6º *Para a aplicação dos percentuais previstos no caput, a receita será deduzida do montante dos recursos efetivamente transferidos aos Poderes Legislativo e Judiciário.*

DEMAIS §§ MANTIDOS.

Art. 239. *O programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo, atendidas as condições e os termos da lei, serão custeados por recursos do fundo de amparo ao trabalhador, que contará com parcela do produto da arrecadação da contribuição social de que trata o art. 193, § 1º.*

§ 4º (REVOGADO)

DEMAIS §§ MANTIDOS.

Art. 251. *A transferência de novos encargos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estará condicionada à correspondente transferência de recursos pela União e pelos Estados.*

Art. 252. *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, na forma prevista em lei, negociar os créditos tributários inscritos em dívida ativa.*

Art. 253. *Mantido o disposto no art. 246 da Constituição Federal, é vedada a adoção de medida provisória que institua ou aumente taxa, imposto ou contribuição.*

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. 76. *O disposto no art. 145, § 3º, da Constituição Federal, não admite a recepção de legislação vigente na data da publicação desta Emenda.*

Art. 77. *O disposto no art. 148, § 2º, da Constituição Federal, não será aplicado em relação a empréstimo compulsório instituído antes da entrada em vigor desta Emenda.*

Art. 78. *Nos primeiros quatro anos de sua vigência, o imposto de que trata o art. 154 será exigido pelos Estados e pelo Distrito Federal também nas operações relativas a circulação de mercadorias e nas prestações de serviços de transporte e de comunicação interestaduais.*

§ 1º *As alíquotas interestaduais serão as efetivamente exigidas em 1º de janeiro de 1999, com redução anual, a partir do segundo ano, de vinte e cinco, cinqüenta e setenta e cinco por cento.*

§ 2º *As alíquotas federais, nas mesmas operações e prestações, serão acrescidas da diferença entre a alíquota estadual fixada pelo Senado Federal e a interestadual prevista no parágrafo anterior.*

§ 3º *No caso do parágrafo anterior, a União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto calculado através da alíquota estadual, proporcionalmente à receita total do imposto.*

§ 4º *O disposto no caput deste artigo não se aplica às operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.*

Art. 79. *Até que seja fixada em lei complementar, a alíquota máxima do imposto de que trata o art. 156, III, será de três por cento.*

Art. 80. *As desonerações relativas ao imposto sobre produtos industrializados, concedidas sob condição e por prazo certo, serão observadas, até seu término, quanto à parcela federal do imposto de que trata o art. 154 da Constituição Federal.*

Art. 81. *São acrescidos dez anos ao prazo fixado no art. 40 do Ato das Disposições Consti-*

tucionais Transitórias.

Art. 82. Em relação à Zona Franca de Manaus, até 5 de outubro de 2023, a legislação do imposto previsto no art. 154 da Constituição Federal, na redação dada por esta Emenda observará:

I – quanto à competência da União:

a) as operações relativas a mercadorias a ela destinadas, dela provenientes ou realizadas em seu território receberão o mesmo tratamento tributário dispensado pelo imposto sobre produtos industrializados em 1º de janeiro de 1999;

b) a União não acrescerá às suas, total ou parcialmente, as alíquotas do imposto estadual;

c) concessão de crédito presumido, ao adquirente estabelecido fora da Zona Franca de Manaus, igual ao montante do imposto não exigido relativo a mercadorias nela produzidas;

II – quanto à competência dos Estados e do Distrito Federal:

a) as operações relativas a mercadorias a ela destinadas ou dela provenientes receberão o mesmo tratamento tributário dispensado em 1º de janeiro de 1999 pela legislação do imposto previsto no art. 155, II da Constituição Federal;

b) a legislação do imposto a ser observada nas operações realizadas em seu território será da competência do Estado do Amazonas.

Art. 83. Em relação à Zona Franca de Manaus, até 5 de outubro de 2023, a importação de produtos estrangeiros receberá o mesmo tratamento tributário dispensado, em 1º de janeiro de 1999, pelo imposto de que trata o art. 153, I, da Constituição.

Art. 84. Pelo prazo de cinco anos, a receita da União decorrente dos impostos previstos nos arts. 153, I e 154 da Constituição Federal, incidentes sobre petróleo e combustíveis dele derivados, lubrificantes, álcool carburante e prestação de serviços de transporte será destinada à conservação, recuperação, eliminação de pontos críticos, melhoria e adequação de capacidade do sistema viário federal.

Parágrafo único. No caso do imposto previsto no art. 154, o montante da receita vinculada prevista neste artigo será calculado após deduzidos os valores das transferências previstas no art. 159 da Constituição Federal.

6. Proposta do Ministério da Fazenda⁷

Proposta de Emenda à Constituição n.º 175-A, de 1995 (do Poder Executivo)

Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

Art. 1º Os artigos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 34.

V -

c) reter parcela que não lhe pertença do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 154;

.....”

“Art. 36.....

V - no caso do art. 34, V, de solicitação do Poder Executivo de qualquer Estado ou do Distrito Federal.”

“Art.145.....

§ 3º Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir taxa que tenha por fato gerador a prestação efetiva dos serviços de conservação, limpeza ou iluminação de logradouros públicos urbanos.

§ 4º A exigência de imposto e taxa poderá ser efetuada na mesma notificação de lançamento.

§ 5º A lei complementar estabelecerá a forma e os critérios a serem observados e indicará as autoridades tributárias que poderão requisitar, às instituições financeiras, informações sobre as operações dos contribuintes.

§ 6º No que se refere a matéria tributária, o disposto no art. 102, § 2º, será aplicado, também, quanto a seus efeitos e eficácia, às demais decisões definitivas de mérito do mesmo Tribunal, proferidas por no mínimo dois terços de seus membros.”

“Art.146.....

III -.....

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos gera-

dores, contribuintes e bases de cálculo, inclusive para fins do disposto no art. 150, § 7º;

.....
IV - dispor sobre a integração dos cadastros de contribuintes e da estrutura de fiscalização tributária federal, estadual e municipal. ”

“Art. 148. A União, mediante lei, poderá instituir empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência.”

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, contribuições:

I - sociais;

II - de intervenção ambiental;

III - de intervenção no domínio econômico;

IV - de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

§ 1º As contribuições previstas no inciso II poderão ter fatos geradores, alíquotas e bases de cálculo diferenciados em razão do grau de utilização ou degradação dos recursos ambientais ou da capacidade de assimilação do meio ambiente.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para custeio, em benefícios destes, de sistemas de previdência e assistência social.

§ 3º Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição de suplementação dos serviços de segurança pública prestados pelos Estados, cuja cobrança ficará condicionada à prévia consulta popular e à aprovação de plano suplementar de segurança.”

“Art.150.....

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, admitida a cobrança de pedágio;

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos empréstimos compulsórios e aos impostos previstos no art. 153, I, II, IV e V, e § 8º.

.....
§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão relativos a impostos, taxas ou contribuições só poderá ser concedido mediante lei específica, federal estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente imposto, taxa ou contribuição.

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento definitivo de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, observado o disposto em lei complementar para definição das hipóteses de restituição e bases de cálculo aplicáveis.”

“Art.153.....

I - importação de produtos estrangeiros e de serviços;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados e de serviços;

.....

IV - bens e serviços;

.....

VIII - movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

.....

3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será não-cumulativo;
II - incidirá sobre bens e serviços listados em lei complementar;

III - não incidirá sobre:

a) bens e serviços destinados ao exterior;

b) operações relativas a energia elétrica, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País e serviços de telecomunicações.

§ 4º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do *caput* deste artigo, devido na operação de origem.

§ 5º A alíquota mínima, na hipótese de incidência referida no parágrafo anterior, será de um por cento, assegurada transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:

I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;

II - setenta por cento para o Município de origem.

§ 6º O montante pago a título do imposto previsto no inciso VIII:

I - será compensado com outros impostos ou contribuições federais, até o limite do valor devido relativo a esses impostos ou contribuições, na forma da lei;

II - terá alíquota máxima fixada em lei complementar.

§ 7º A compensação a que se refere o parágrafo anterior não poderá implicar redução de base de cálculo de transferências federais.

§ 8º A União poderá instituir, na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.”

Art. 2º A Seção IV do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal passa a vigorar

com a seguinte redação:

“Seção IV

Do Imposto de Competência Conjunta dos Estados e do Distrito Federal

Art. 154. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto não-cumulativo sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto previsto neste artigo atenderá ao seguinte:

I – sua instituição far-se-á por lei estadual que ratificará as normas estabelecidas em lei complementar;

II – incidirá, também:

a) sobre a importação de bem, mercadoria ou serviço cuja prestação tenha se iniciado no exterior destinados a pessoa natural ou jurídica, qualquer que seja a sua finalidade;

b) sobre a exploração, com ou sem cessão de direitos, de bens corpóreos ou incorpóreos, que assegurem a fruição ou criem utilidades por meios eletrônicos ou por quaisquer outros;

c) a transferência de bem de uso, consumo ou ativo fixo ou de mercadoria entre estabelecimentos da mesma pessoa;

III - não incidirá:

a) sobre a exportação para o exterior de mercadorias, nem sobre serviços prestados a destinatário no exterior, assegurado o aproveitamento ou manutenção do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

b) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 4º;

IV – poderá ser seletivo;

V – terá alíquotas fixadas pelo Senado Federal, mediante resolução aprovada por dois terços de seus membros, de iniciativa privativa de um terço dos senadores ou de um terço dos Governadores dos Estados e do Dis-

trito Federal e uniformes em todo território nacional por mercadoria ou serviço, vedada a distinção entre operações e prestações internas, interestaduais e de importação, ressalvado o disposto no inciso seguinte;

VI – O disposto no inciso anterior observará as seguintes classes de alíquotas definidas em lei complementar:

- a) padrão;
- b) mínima;
- c) reduzida;
- d) ampliada;

VII – a lei estadual poderá aumentar, por classe, em até vinte por cento, as alíquotas aplicáveis às operações e prestações internas;

VIII – na forma da lei complementar:

a) será exigido no Estado ou no Distrito Federal onde ocorrer o fato gerador da operação ou prestação;

b) o produto de sua arrecadação será atribuído ao Estado ou ao Distrito Federal de localização do destinatário da mercadoria ou do serviço;

c) poderá ser atribuída ao Estado ou ao Distrito Federal de origem da operação ou prestação uma parcela da arrecadação de que trata a alínea a, com a finalidade exclusiva de custear a fiscalização, mediante deliberação do órgão de que trata o § 4º deste artigo;

IX – é vedada a concessão de isenção, diferimento, redução de base de cálculo, crédito outorgado ou qualquer outro incentivo ou benefício fiscal equivalente que implique renúncia de receita, relativos ao imposto, admitida:

a) a opção pelo abatimento de percentagem fixa a título do montante do imposto cobrado em etapas anteriores, nos termos do regulamento;

b) a concessão de subsídios financeiros à conta do orçamento dos Esta-

dos ou do Distrito Federal;

§ 2º A lei complementar regulará o imposto e especialmente:

I – definirá fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

II – disporá sobre a substituição tributária, a base de cálculo presumida a ela aplicável e os critérios para sua fixação;

III – disciplinará o regime de compensação do imposto;

IV – indicará o local de ocorrência das operações e prestações, para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável;

V – estabelecerá sanções, inclusive a retenção dos recursos a que se refere o § 1º, VIII, aos Estados e ao Distrito Federal ou aos seus agentes, por descumprimento da legislação do imposto;

VI – estabelecerá regimes especiais ou simplificado de tributação;

VII – poderá instituir fundo, de titularidade e administração conjunta dos Estados e do Distrito Federal, constituído por receitas provenientes da arrecadação do imposto, relativa às operações e prestações interestaduais, para efeito de aplicação do disposto no § 1º, VIII;

VIII – regular a forma de funcionamento do órgão colegiado de que trata o § 4º deste artigo.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no art. 61, a lei complementar de que trata este artigo poderá, também, ser de iniciativa de um terço dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal.

§ 4º Compete a órgão colegiado, composto por um representante de cada Estado e do Distrito Federal, além das atribuições estabelecidas em lei complementar:

I – expedir o regulamento único e demais normas necessárias à administração do imposto;

II – aplicar sanções aos Estados e ao Distrito Federal

ou a seus agentes por descumprimento da legislação do

imposto, sem prejuízo do disposto no art. 34, V, c.”

Art. 3º Os arts. 155 e 156 passam a integrar as Seções V e VI do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal, com as seguintes alterações:

“Seção V

Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II – propriedade de veículos automotores.

Parágrafo único. O imposto previsto no inciso I:

.....
IV – será progressivo e terá suas alíquotas mínima e máxima fixadas pelo Senado Federal.”

“Seção VI

Dos Impostos dos Municípios

Art. 156.

.....
III - venda a varejo de mercadorias e prestação de serviços.

§ 1º O imposto previsto no inciso I poderá ter alíquotas diferenciadas, de acordo com a localização ou o uso do imóvel, e alíquotas progressivas no tempo ou em razão do valor do imóvel, nos termos de lei municipal, e terá suas alíquotas máximas fixadas em lei complementar.

.....
§ 3º O imposto previsto no inciso III:

I - não incidirá na exportação de mercadorias, nem sobre serviços prestados a destinatário no exterior;

II - incidirá na importação de bem, mercadoria e serviço cuja prestação tenha-se iniciado no exterior, destina-

dos a não contribuintes do imposto de que trata o art. 154;

III - quanto à tributação dos serviços, incidirá sobre:

a) os de alojamento e alimentação;

b) os demais, prestados a não contribuintes do imposto de que trata o art. 154;

IV - terá alíquota uniforme fixada em lei complementar para todas as vendas e prestações;

V - não será objeto de isenção, benefício ou incentivo fiscal;

VI - será regulado em lei complementar que, inclusive, definirá venda a varejo e fixará prazos de recolhimento.”

Art. 4º Os arts. 157 a 162 passam a integrar a Seção VII do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal, com as seguintes alterações:

“Seção VII

Da Repartição das Receitas Tributárias

Art. 157. Pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.”

“Art. 158. Pertencem aos Municípios:

.....
IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 154.

.....”

“Art. 159. A União entregará do produto da arrecadação dos impostos previstos:

I - no art. 153, III e IV, quarenta e sete por cento na seguinte forma:

.....
II - no art. 153, IV, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, pro-

porcionalmente ao valor das respectivas exportações.

§ 1º Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157 e 158, I.

.....”
“Art. 160.....”

§ 1º A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias.

§ 2º O valor dos recursos retidos em virtude do disposto no parágrafo anterior não poderá exceder o dos créditos.”

“Art. 161.....”

§ 1º No caso das usinas hidrelétricas, cinquenta por cento do valor adicionado serão atribuídos aos Municípios em que estiverem instaladas e cinquenta por cento serão atribuídos aos Municípios impactados pelo reservatório, proporcionalmente à área alagada.

§ 2º O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II.”

Art. 5º Os arts. 167, IV e § 4º e 171, da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.167.....”

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as vinculações expressamente previstas nesta Constituição e ao fundo previsto no art. 21, XIV;

.....”

§ 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 154, 155 e 156, e dos recursos de que tratam os

arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.”

“Art. 171. A lei poderá definir práticas de comércio exterior danosas à economia nacional e autorizar a cobrança de direitos compensatórios e a imposição de limitações e sanções que visem a neutralizá-las ou coibi-las.

Parágrafo único. A cobrança de direitos compensatórios e a imposição de limitações e sanções poderão alcançar as práticas ocorridas a partir da data da publicação do ato que indicar o início do processo de sua apuração.”

Art. 6º O art. 195 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 195.....”

§ 4º As contribuições sociais referidas no inciso I, b:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - não serão objeto de isenção ou não-incidência, ressalvado o disposto no inciso anterior;

III - incidirão, também, sobre o valor de bem ou serviço recebido do exterior, inclusive se o destinatário for pessoa natural, que, no caso, será equiparada a pessoa jurídica;

IV - terão alíquotas estabelecidas em lei;

V - observadas normas gerais fixadas em lei complementar, de iniciativa privativa do Presidente da República, terão base de cálculo determinada em lei, que estabelecerá as hipóteses, condições e forma de:

a) exclusão de receitas ou dedução de despesas;

b) aproveitamento de créditos;

c) exigência monofásica ou mediante regime simplificado de tributação.

.....”

Art. 7º Ao art. 203 da Constituição Federal é acrescentado o seguinte parágrafo único:

“Art. 203

Parágrafo único. A União instituirá programa de garantia de renda mínima destinado a assegurar a subsistência das famílias de baixa renda, a ser realizado por meio de convênios com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, na forma da lei.”

Art. 8º Os arts. 212 e 239 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 212.

§ 5º O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição do salário-educação recolhida pelas empresas, como adicional da alíquota da contribuição a que se refere o art. 195, I, b.”

“Art. 239. O programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo, atendidas as condições e os termos da lei, serão financiados com recursos correspondentes a dezoito por cento do produto da arrecadação de que trata o art. 195, I, b.

.....

§ 3º Aos servidores públicos e aos empregados que percebam até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado nesse valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos programas previstos no parágrafo anterior em 5 de outubro de 1988.”

Art. 9º São acrescentados os seguintes artigos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 76. Os recursos do art. 155, II, da Constituição Federal, previstos no art. 60, § 2º, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão substituídos por recursos decorrentes da arrecadação do imposto de

que trata o art. 154 da Constituição Federal, na redação dada por esta Emenda.”

“Art. 77. A lei complementar que disciplinar o imposto previsto no art. 154, da Constituição Federal, com a redação dada por esta Emenda, disporá sobre o regime de transição pelo prazo de sete exercícios financeiros, contados a partir do início de sua cobrança, observado o seguinte:

I – nos três primeiros exercícios financeiros, o produto da arrecadação relativa às operações interestaduais será partilhado entre o Estado ou o Distrito Federal de localização do remetente e o de localização do destinatário da mercadoria ou do serviço, considerando-se as alíquotas interestaduais vigentes em 31 de dezembro de 1999;

II – no quarto, quinto, sexto e sétimo exercícios financeiros, a partilha referida no inciso anterior obedecerá a redução de vinte por cento ao ano, naquelas alíquotas interestaduais;

III – nos três primeiros exercícios financeiros em que for exigido, o imposto não se sujeitará ao disposto no art. 150, III, b.”

“Art. 78. Ficam mantidos os diferimentos, as isenções, os incentivos ou benefícios fiscais ou financeiros, concedidos até 31 de dezembro de 1999, sob condição e por prazo certo, pelos Estados e pelo Distrito Federal, na forma de suas respectivas legislações, com base no ICMS, observado o seguinte:

I – os diferimentos, as isenções, os incentivos ou benefícios referidos neste artigo:

a) serão compensados com o produto da arrecadação de que trata o art. 154, da Constituição Federal na redação dada por esta Emenda, incidente nas operações e destinadas, o produto da arrecadação, resultante da dife-

rença entre a alíquota vigente em 31 de dezembro de 1999 e a fixada nos termos do disposto no art. 154, § 1º, V, da Constituição Federal, na redação dada por esta Emenda, será atribuído ao Estado ou Distrito Federal de localização do destinatário da mercadoria.”

“Art. 82. O disposto no art. 195, § 4º, V, da Constituição, será implementado gradualmente, no prazo de três anos, contado da promulgação desta Emenda Constitucional.”

“Art. 83. As leis que instituírem os impostos previstos nos arts. 153, IV, e 154, da Constituição, na redação dada por esta Emenda, estabelecerão a forma de aproveitamento dos saldos credores dos impostos de que tratam os arts. 153, IV, e 155, II, da Constituição.”

Art. 10. O imposto de que trata o art. 153, VIII, não poderá ser cobrado enquanto for exigível a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, prevista nos arts. 74 e 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos das Emendas Constitucionais nºs 12, de 15 de agosto de 1996, e 21, de 18 de março de 1999.

Art. 11. Os impostos de que tratam os arts. 153, IV, 154 e 156, III, serão exigidos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de publicação das leis complementares a que se referem, respectivamente:

I - o inciso II do § 3º do art. 153;

II - o § 2º do art. 154;

III - o inciso VI do § 3º do art. 156.

Parágrafo único. Enquanto não forem cobrados os impostos a que se refere este artigo, continuarão sendo exigidos os impostos de que tratam os arts. 153, IV, 155, II, e 156, III, da Constituição Federal, na redação anterior a esta Emenda.

Art. 12. Ressalvado o disposto nos arts. 10 e 11, esta Emenda ao texto constitucional entrará em vigor em 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua promulgação.

Art. 13. Ficam revogados, a partir da data prevista no *caput* do art. 11 desta Emenda, os §§ 2º e 3º do art. 155 da Constituição Federal.

7. Propostas do Deputado Marcos Cintra

Proposta de Emenda à Constituição nº 183 de 1999 (do Sr. Marcos Cintra e outros)

“Dispõe sobre o Sistema
Tributário Nacional”

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo 1º O artigo 62, “*caput*”, e o artigo 100, passam a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 62. Em caso de relevância e urgência, que não implique instituição ou majoração de tributos, o Presidente da República, poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Artigo 100.....

§ 4º Por opção do credor, o crédito indicado em precatório poderá ser compensado com débito tributário seu, inscrito em dívida ativa, relativo à mesma Fazenda Pública.

Artigo 2º O Capítulo I do Título VI da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Capítulo I

Do Sistema Tributário Nacional

Seção I

Dos Princípios Gerais

Artigo 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização,

efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, limitadas ao custo da prestação desses serviços;

III - contribuição de melhoria decorrente de obras públicas ou destinada a financiá-las, limitada ao seu custo.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º Na forma prevista em Lei Complementar e sob sigilo da Justiça e sigilo fiscal, é facultado à autoridade tributária federal, em casos excepcionais e mediante despacho fundamentado, requisitar a responsável pelo pagamento, arrecadação, ou recolhimento de tributo, informações sobre o montante devido e respectiva base de cálculo.

§ 3º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

§ 4º Ninguém será processado por crime contra a ordem tributária antes de encerrado, na via administrativa, o processo respectivo.

Artigo 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, a de seus respec-

tivos fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas, e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, decadência e prescrição tributários;

c) fixação de procedimentos e requisitos para a criação de tributos, ou para alteração de alíquotas dos existentes;

d) determinação de juros, multas, e outras penalidades pecuniárias incidentes sobre débitos tributários, com observância do artigo 150, IV, desta Constituição Federal, limitando-se as multas ao máximo de 20% (vinte por cento) do valor do tributo devido;

IV - definir, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, as competências de normatização, arrecadação e fiscalização dos tributos.

Artigo 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.

Artigo 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Artigo 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no artigo 195, § 5º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios po-

derão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

Seção II
Das Limitações do
Poder de Tributar

Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a Lei que os instituiu ou aumentou, e antes de decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data da publicação.

IV - utilizar tributo e respectivas penalidades pecuniárias com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas, ou cedidas em concessão, pelo poder público;

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda, ou serviços, uns dos outros;

b) patrimônio, renda ou serviços das entidades cujo objetivo seja realizar e promover o culto religioso;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei complementar;

d) o ato cooperativo, como tal definido em legislação própria, praticado pelas sociedades cooperativas;

e) sobre recursos destinados ao custeio dos planos de natureza previdenciária operacionalizados pelas entidades de previdência privada, bem como sobre os investimentos e rendimentos das mesmas entidades provenientes das aplicações de reservas técnicas, fundos, e provisões;

§ 1º As vedações expressas no inciso III, alínea *b*, não se aplicam aos impostos previstos nos artigos 153, III e IX, e 154.

§ 2º As vedações expressas no inciso VI não se aplicam ao tributo previsto no artigo 153, I e VII.

§ 3º A vedação do inciso VI, alínea *a*, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 4º As vedações do inciso VI, alínea *a*, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

§ 5º As vedações expressas no inciso VI, alíneas *b* e *c*, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finali-

dades essenciais das entidades nelas mencionadas.

§ 6º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

§ 7º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão relativos a impostos, taxas ou contribuições só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas.

§ 8º Para efeito do disposto no inciso VI, alínea d, consideram-se, entre outros, atos cooperativos:

I- o empréstimo, financiamento ou repasse de recursos financeiros aos seus sócios;

II- a saída de bens, produtos ou mercadorias do estabelecimento de produtor para o estabelecimento de cooperativa de que faça parte;

III- a saída de bens, produtos ou mercadorias de um estabelecimento para outro da mesma cooperativa ou para estabelecimento de outra, sua associada;

IV- o fornecimento de bens, produtos ou mercadorias, inclusive combustíveis, da cooperativa a seus sócios;

V- a entrega de habitações de cooperativa a seus sócios;

VI- a prestação, direta ou indireta, de serviços de qualquer natureza da cooperativa a seus sócios, ou de cooperativas entre si, quando associadas;

VII- a devolução, a seus sócios, das sobras resultantes de atos cooperativos.

§ 9º A instituição de outros tributos, além dos discriminados nesta Constituição, bem como a majoração de alíquotas dos tributos existentes além do limite máximo previsto no artigo 153, § 2º, ficam condicionadas

à aprovação prévia por referendo, ressalvados os dispositivos constitucionais em contrário.

Artigo 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais, desde que por tempo determinado, destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Artigo 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Seção III Dos Tributos

Artigo 153. Integram o Sistema Tributário Nacional os seguintes tributos:

I – imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IMF);

II – imposto sobre produção de bebidas, veículos, energia, tabaco, petróleo e combustíveis, inclusive derivados daquele e destes, e serviços de telecomunicações, bem assim, desde que definidos em lei complementar, sobre produção de outros bens e sobre outros serviços (Seletivos);

III – imposto sobre comércio exterior (Importação e Exportação, de bens e serviços) ;

IV – imposto sobre renda e proventos:

a-) de qualquer natureza auferidos por pessoas físicas (IRPF);

b-) de natureza financeira, auferidos por pessoas jurídicas em operações nos mercados financeiro e de capitais (IRPJ-F);

V – imposto sobre propriedade imobiliária, urbana e rural (IPTU e ITR);

VI – imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA);

VII – adicionais ao imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira:

a-) para os Estados e ao Distrito Federal (AEIMF) ;

b-) como contribuição para o financiamento da seguridade social (ASSIMF);

VIII- adicional ao imposto sobre renda e proventos, para os Estados e o Distrito Federal (AEIR);

IX- imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF);

X- imposto sobre vendas a varejo de mercadorias de prestação de serviços de qualquer natureza (IVV);

XI- contribuição especial de intervenção no domínio econômico para equalização tributária (CET).

§ 1º Compete:

I - à União, instituir os tributos previstos nos incisos I, II, III, e IV, no inciso VII, alínea b, no inciso IX, e no inciso XI, sendo este último incidente sobre a entrada de quaisquer produtos ou serviços vindos de outros países, objetivando equiparar o produto ou serviço importado ao nacional, à luz dos artigos 149 e 150, II, da Constituição Federal;

II - aos Estados e ao Distrito Federal, instituir:

a) o tributo previsto no inciso VI, devido pelos proprietários dos automóveis registrados respectivamente em cada Estado e Distrito Federal;

b) o tributo previsto no inciso VII, alínea a, como adicional ao imposto previsto no inciso I;

c) o tributo previsto no inciso VIII, como adicional percentual do que for pago à União por pessoas físicas e jurídicas domiciliadas nos respectivos territórios a título do imposto previsto no artigo 153, IV, alínea a e b;

III - aos Municípios, instituir:

a) o tributo previsto no inciso V, devido pelos proprietários de imóveis rurais e urbanos localizados em seus respectivos territórios;

b) o tributo previsto no inciso X, devido pelos adquirentes consumidores finais de mercadorias e de serviços em todas as vendas e transações realizadas em seus respectivos territórios.

§ 2º Cabe à lei complementar fixar as alíquotas mínimas e máximas dos tributos previstos nos incisos I, II, IV, V, VI, VII, VIII e X, inclusive as aplicáveis às hipóteses previstas no § 8º deste artigo.

§ 3º O imposto previsto no inciso II:

I - incidirá uma única vez;

II - será seletivo, e não incidirá sobre as exportações;

III - incidirá sobre as importações;

IV - poderá ser pago com os créditos assegurados aos contribuintes, nos termos do § 5º deste artigo;

§ 4º Lei Complementar fixará os critérios para a definição e fixação das duas alíquotas dos adicionais do Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IMF) previsto no inciso VII, que serão, no caso do inciso VII, alínea a, uma alí-

quota estadual uniforme, fixada em conjunto pelos Estados e Distrito Federal, cuja arrecadação será destinada aos mesmos, e outra, no caso do inciso VII, alínea b, fixada pela União, para o financiamento exclusivo da seguridade social.

§ 5º Os tributos previstos nos incisos I, II e VII terão as respectivas repercussões financeiras sobre os preços das mercadorias e dos serviços calculadas através de metodologia aceita por organismo internacional de comércio, com vista a determinar:

a) as alíquotas dos respectivos tributos a serem aplicados, a título de contribuição de equalização tributária, prevista no inciso XI, sobre a entrada de quaisquer produtos ou serviços vindos de outros países objetivando equiparar o produto ou serviço importado ao seu similar nacional;

b) o crédito cujo ressarcimento efetivo será assegurado ao exportador para compensar o correspondente valor da repercussão financeira embutido no custo do bem ou serviço que exportar para o exterior;

c) o crédito cujo ressarcimento efetivo será assegurado ao produtor nacional de bens de capital quando destinados ao ativo fixo das unidades produtoras de bens e serviços; e

d) o crédito cujo ressarcimento efetivo será assegurado à operação de venda ao comércio varejista de bens de primeira necessidade, listados em Lei Complementar.

§ 6º O imposto previsto no inciso IV será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade, e da progressividade, nos termos e limites fixados em Lei Complementar, e poderá ser pago com os créditos assegurados aos contribuintes nos termos do § 5º deste artigo.

§ 7º São imunes ao imposto previsto no inciso IV, alínea a, as pessoas

físicas com rendimentos até o valor de 20 (vinte) salários mínimos mensais.

§ 8º As alíquotas do imposto previsto no inciso V, observados os limites fixados no § 2º, poderão ser progressivas no tempo, nos termos de lei municipal, até atingirem cinco vezes a alíquota padrão, para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana; terão suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedade rural improdutiva, e não incidirão sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só, ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.

§ 9º Os municípios poderão instituir contribuição para suplementação dos serviços de segurança pública prestados pelos Estados, execução de obra de pavimentação e saneamento nas zonas urbanas, custeio de coleta de lixo e iluminação pública, observados os seguintes critérios:

I- quando a contribuição for referente à segurança pública, a sua cobrança fica condicionada a prévia consulta popular e à aprovação de plano de segurança suplementar, com o respectivo cálculo do valor a ser cobrado;

II- quando a contribuição for referente a obra de pavimentação e saneamento, será feito prévio edital da obra a ser realizada, com seu respectivo custo e rateio, limitada a cobrança ao custo desta;

III- quando a contribuição for referente ao custeio de coleta de lixo e iluminação pública, fica limitada ao valor orçado pelo órgão técnico, podendo sua cobrança ser incluída nas contas dos consumidores de água e de eletricidade, de forma individualizada.

§ 10º Respeitado o disposto no § 2º, a soma das alíquotas dos tributos previstos no inciso I, e no inciso VII,

alíneas a e b, se majorada, deverá implicar idêntica majoração nas alíquotas das partes que a compõem, guardando-se a mesma proporcionalidade existente antes da majoração na distribuição do produto da arrecadação.

§ 11. Os tributos previstos nos incisos I e VII:

a-) não incidirão sobre transações realizadas nos mercados financeiro e de capitais, que serão alcançadas pelo imposto previsto no inciso IV, alínea a e alínea b, sempre que possível através de métodos não-declaratórios;

b-) incidentes sobre as transações geradas por rendimentos do trabalho assalariado, quando inferiores a 9 (nove) salários mínimos mensais, serão pagos pelo empregador, e acrescentados ao valor do salário líquido devido, independentemente da forma de pagamento;

c-) incidirão em dobro sobre saques e depósitos de numerário junto ao sistema bancário nacional, sendo que tanto a incidência sobre os créditos como a incidência sobre os débitos bancários onerarão os titulares das contas bancárias envolvidas naquelas operações.

§ 12. As transações, acima de valores a serem definidos em Lei Complementar, de compra, venda, ou de qualquer outra natureza, de qualquer bem ou serviço, assim como as transações nos mercados financeiro e de capitais, somente serão consideradas juridicamente liquidadas se realizadas através de contas correntes à vista em instituições do sistema bancário nacional cujos titulares sejam os participantes diretos nas mesmas transações, observadas as condições a serem estabelecidas em Lei Complementar.

§ 13. O imposto previsto no inciso X:

I- será devido no Município onde a operação de venda for realizada;

II- não incidirá na exportação de mercadorias, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior;

III- terá alíquota uniforme para todas as vendas de mercadorias e serviços, fixada em lei municipal, observado o disposto no § 2º deste artigo;

IV- poderá ser substituído por adicional do imposto previsto no inciso I, mediante determinação expressa em Lei Complementar.

§ 14. A emissão de cheques e de qualquer outro tipo de ordem de pagamento ou de créditos e direitos de natureza financeira, será obrigatoriamente nominativa, e não-endossável, devendo legislação específica determinar sanções pecuniárias que desestimulem o desrespeito a esta norma constitucional.

§ 15. Lei Complementar estabelecerá sistema simplificado de pagamento de tributos, pelo qual poderão optar a microempresa e a empresa de pequeno porte por ela definidas.

Artigo 154. A União poderá instituir, na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Seção IV

Da Repartição das Receitas Tributárias

Artigo 155. Do produto da arrecadação dos tributos previstos no artigo 153, I, II, III, IV, IX, e XI pertencem:

I- 73% (setenta e três por cento), à União;

II- 25% (vinte e cinco por cento), aos Municípios;

III- 2% (dois por cento), a programas de financiamento ao setor produtivo das regiões menos desenvolvidas, através de suas instituições financeiras;

ras de caráter regional, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer.

Parágrafo único. A entrega das parcelas pertencentes à União, aos Municípios, e aos gestores dos programas de financiamento mencionados no inciso III, será feita imediata, direta e automaticamente pelas instituições ou órgãos recebedores dos tributos, conforme Lei Complementar.

Artigo 156. As parcelas do produto da arrecadação referidas no artigo 155, II, serão rateadas e entregues aos Municípios e ao Distrito Federal em conformidade com os seguintes critérios:

I- 40% (quarenta por cento) do seu montante, proporcionalmente à soma do valor da arrecadação dos impostos previstos no artigo 153, V e X, e incidentes, no primeiro caso, sobre as propriedades localizadas, e no segundo caso, sobre as operações de venda a consumidores finais realizadas, nos respectivos territórios dos Municípios ou do Distrito Federal;

II- 40% (quarenta por cento) do seu montante, proporcionalmente à população do respectivo Município ou do Distrito Federal;

III- 5% (cinco por cento) do seu montante, proporcionalmente à extensão territorial do respectivo Município ou do Distrito Federal.

§ 1º Cabe à lei estadual:

I - definir os critérios para o cálculo do rateio dos restantes 15% (quinze por cento) do montante das parcelas referidas no artigo 155, II, de conformidade com princípios que objetivem estabelecer o equilíbrio sócio-econômico entre os Municípios e o Distrito Federal;

II - dispor sobre o controle e o acompanhamento, pelos beneficiários, dos valores arrecadados, do cálculo das

quotas de rateio, e da entrega automática e imediata dos mesmos, bem como sobre a criação de um organismo para o exercício dessas funções, do qual, obrigatoriamente, participem representantes do Estado, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 2º O Tribunal de Contas dos Estados efetuará, em qualquer dos casos, o cálculo das quotas de que trata este artigo.

Artigo 157. A arrecadação do imposto referido no artigo 153, VII, alínea a), será rateada e repassada aos Estados e Distrito Federal em conformidade com os seguintes critérios:

I- 40% (quarenta por cento) do seu montante, proporcionalmente à soma do valor da arrecadação dos impostos previstos no artigo 153, VI e VIII e incidentes, no primeiro caso, sobre os autoveículos registrados respectivamente em cada Estado e Distrito Federal, e no segundo caso, sobre o adicional percentual do que for pago à União por pessoas físicas e jurídicas domiciliadas nos respectivos territórios dos Estados e Distrito Federal a título do imposto previsto no artigo 153,IV;

II- 40% (quarenta por cento) do seu montante, proporcionalmente à população do respectivo Estado ou Distrito Federal;

III- 5% (cinco por cento) do seu montante, proporcionalmente à extensão territorial do respectivo Estado ou Distrito Federal.

§ 1º Cabe à lei complementar:

I - definir os critérios para o cálculo do rateio dos restantes 15% (quinze por cento) do montante das parcelas referidas no “caput” deste artigo, de conformidade com princípios que objetivem estabelecer o equilíbrio sócio-econômico entre os Estados e o Distrito Federal.

II - dispor sobre o controle e o acompanhamento, pelos beneficiários, dos

valores arrecadados, do cálculo das quotas de rateio, e da entrega automática e imediata dos mesmos, bem como sobre a criação de um organismo federativo para o exercício dessas funções, do qual, obrigatoriamente, participem representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal.

§ 2º O Tribunal de Contas da União efetuará em qualquer dos casos, o cálculo das quotas de que trata este artigo.

Artigo 158. O montante da arrecadação do tributo referido no artigo 153, VII, alínea b), correspondente à alíquota a ser estabelecida em lei complementar para o financiamento da seguridade social será a ela repassado automaticamente, e aplicado exclusivamente em despesas referentes à seguridade social, inclusive aos programas custeados com as contribuições sociais, não se lhe aplicando o disposto no artigo 212.

Artigo 159. Os tributos previstos no artigo 153, incisos I e VII, serão arrecadados em procedimento único, tendo por alíquota global a soma das alíquotas fixadas para aqueles tributos, devendo o produto da arrecadação total ser imediata, direta e automaticamente repassado pelas instituições ou órgãos arrecadadores aos respectivos titulares desses tributos, na proporção exata das respectivas alíquotas individuais.

Artigo 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta Seção, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. Essa vedação não impede a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de condicionarem a entrega de recursos cuja arrecadação esteja sob sua incumbência, ao pagamento de seus cré-

ditos de qualquer natureza, inclusive dos créditos de suas autarquias e empresas sob seu controle, desde que vencidos, líquidos e certos.

Artigo 161. É permitida a vinculação dos recursos de que trata o artigo 155 para a prestação de garantia ou contragarantia, entre as unidades federativas e a União, e para pagamento de débitos entre as mesmas.

Artigo 162. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio.

Parágrafo único. Os dados divulgados serão discriminados por Estado e por Município.

Artigo 3º A expressão final “artigos 150, II, 153, III e 153, § 2º, I”, constante nos artigos 27, § 2º, 29, V, 37, XV, 49, VII, 95, III, e 128, § 5º, I, c, fica substituída por “artigos 150, II e 153, IV”.

Artigo 4º O artigo 167, IV, da Constituição, passa a vigorar com a seguinte redação:

“IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvado o disposto nos artigos 155, 161 e 212, bem como a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no artigo 165, § 8º”.

Artigo 5º O artigo 195, da Constituição, passa a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos seguintes tributos:

I – contribuição dos segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre a aposentadoria e

pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

II – parcela da receita de concursos de prognósticos;

III- adicional previsto no artigo 153,VII, alínea b).

§ 1º As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º Do montante da arrecadação referido no artigo 158, parte será destinada a prover os recursos necessários para custear, nos termos que a lei dispuser,

a) o programa do seguro-desemprego previsto no artigo 7º, inciso II;

b) os gastos projetados com o ensino fundamental público anteriormente financiados pela extinta contribuição social do salário-educação;

c) as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º Aplicam-se às contribuições sociais de que trata este artigo o disposto no artigo 150, III.

§ 7º Dos recursos reservados na forma do parágrafo 4º:

I – pelo menos quarenta por cento serão administrados, e destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social com critérios de remuneração que lhes preservem o valor;

II – pelo menos dez por cento serão administrados, e destinados a financiar programas de desenvolvimento agropecuário, através do Banco do Brasil S/A com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social conforme os ganhos que declararem e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

§ 9º A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

Artigo 6º O artigo 239 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 239. São preservados os patrimônios acumulados nas contas individuais dos participantes do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento.

Artigo 7º O artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 34. O disposto nesta emenda constitucional será implantado de acordo com o estabelecido neste artigo.

§ 1º O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do sétimo mês seguinte seguinte ao da promulgação desta emenda constitucional, mantidos até então todos os dispositivos constitucionais vigentes no dia anterior à sua promulgação.

§ 2º Promulgada esta emenda constitucional, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nela previsto.

§ 3º As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto nesta emenda constitucional.

§ 4º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 2º e 3º, em especial no tocante a programas e projetos que deverão ter seu prosseguimento assegurados após substituição de fontes de recursos prevista nesta emenda constitucional.

§ 5º O disposto no artigo 150, inciso III, alínea b) não se aplica aos tributos referidos no § 2º, que, uma única vez após a entrada em vigor do sistema tributário nacional, conforme previsto no § 1º, poderão ser cobrados trinta dias após a publicação da lei que os tenha instituído ou aumentado.

§ 6º A Lei Complementar que instituir os tributos referidos no artigo 153, I, e VII, definirá um período de tempo, após a data prevista no §1º, para a implantação gradual das alíquotas previstas, durante o qual irão sendo reduzidas, até sua total extinção, as alíquotas dos tributos que eles substituirão.

§ 7º Promulgada esta Emenda Constitucional, enquanto não forem extintos, nos termos do § 6º, os impostos e as contribuições neles referidos, permanecem em vigor, desde que compatíveis com o disposto nesta emenda constitucional e a legislação dela decorrente, os anteriores dispositivos constitucionais, a legislação e as normas que regem a sua instituição e estabelecem os critérios de repartição de suas receitas, permitidas suas alterações.

§ 8º O disposto no parágrafo anterior não se aplica ao artigo 155, § 3º, da Constituição, na redação vigente no dia anterior à data da promulgação desta Emenda, o qual fica com ela revogado.

§ 9º Promulgada esta Emenda Constitucional, Lei Complementar deverá instituir mecanismo de forma assegurar, mensal e automaticamente, a cada Estado, Distrito Federal e Município, recursos da União de forma a garantir-lhes, após a entrada em vigor do sistema tributário nacional, ingressos tributários líquidos totais iguais aos valores das médias mensais das receitas tributárias totais líquidas efetivamente por eles obtidas nos anos de 1996 a 1999, corrigidas monetariamente, caso os ingressos efetivos sejam inferiores às médias acima referidas.

§ 10. O Tribunal de Contas da União determinará:

I - os valores das médias e das transferências mensais a serem repassadas aos Estados e aos Municípios, referidas no parágrafo anterior;

II - até a promulgação das Leis Complementares previstas nos artigos 156, § 1º, e 157, § 1º, o rateio do montante referido nos incisos I daqueles parágrafos, adotará para o seu cálculo os mesmos critérios utilizados na determinação do rateio da parcela referida no inciso II daqueles artigos.

§ 11. Enquanto não entrar em vigor a lei prevista no artigo 155, III, é assegurada a aplicação dos recursos previstos naquele inciso pelos mesmos critérios utilizados para distribuição dos recursos a que se refere o artigo 159, I, c, da Constituição, na redação vigente no dia anterior à data da promulgação desta Emenda.

§ 12. Promulgada esta Emenda Constitucional, Lei Complementar deverá instituir, dentro de 90 dias, mecanismo concedendo anistia de multas e juros sobre os valores tributários devidos até o dia 30 de Julho de 1999 à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como estabelecer o parcelamento em 96 meses a partir da promulgação da mesma Lei Complementar do principal dos mesmos valores tributários devidos, corrigidos monetariamente pela inflação do período.

Artigo 8º Revogam-se o § 4º do artigo 167 e o § 5º do artigo 212, da Constituição Federal.

Artigo 9º Esta emenda constitucional entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Proposta de Emenda à Constituição n.º 474, de 2001 (do Sr. Marcos Cintra e outros)

Aperfeiçoa o Sistema Tributário Nacional e o financiamento da Seguridade Social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Esta proposta de emenda constitucional tem por escopo introduzir, no arcabouço fundamental do sistema tributário nacional, a figura do imposto único federal, incidente sobre movimentações e transações financeiras, sob a dupla forma jurídica de imposto arrecadatório genérico e de contribui-

ção social para o financiamento da seguridade social.

Art. 2º Ficam alteradas as redações do art. 150, III, “b” e § 1º, art. 153, III, e §§ 1º, 2º e 3º, art. 159, I, “a”, “b”, “c”, “d” e §§ 2º e 3º, art. 195, I, e acrescidos os §§ 8º e 9º ao art. 150, §§ 4º, 9º, 12 e 13, “a”, “b” e “c”, ao art. 195, no texto da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Art.150.

III-

b-) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a Lei que os instituiu ou aumentou, e antes de decorridos cento e oitenta dias da data da publicação.

.....
§ 1º As vedações expressas no inciso III, “b”, não se aplicam aos impostos previstos nos artigos 153, I e II, e 154, II.

.....
§ 8º As vedações expressas no inciso VI, “b” a “d”, não se aplicam ao imposto previsto no artigo 153, III.

§ 9º A instituição de outros tributos, além dos discriminados nesta Constituição, bem como a majoração dos tributos existentes além do limite máximo previsto no art. 153, § 3º, “a”, ficam condicionadas à aprovação prévia por referendo, ressalvados os dispositivos constitucionais em contrário.

Art. 153

.....
III - imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira;

.....
§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei complementar, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I e II;

§ 2º O imposto previsto no inciso III será informado pelos critérios da generalidade e da universalidade,

podendo ser progressivo, na forma da lei, em função dos somatórios agregados periodicamente, por titular pessoa física, das movimentações ou transmissões a ele sujeitas;

§ 3º Lei complementar especificará, no que se refere ao imposto previsto no inciso III, bem como à contribuição que o acompanha, referida no art. 195, I:

a) as alíquotas máximas;

b) a forma como, respeitadas as normas de tratados internacionais de livre comércio de que o Brasil seja signatário, serão implementados os princípios da desoneração tributária das exportações de bens e serviços e do idêntico tratamento do produto ou serviço importado ao seu similar nacional;

c) os bens de primeira necessidade cuja venda, no varejo, possa ser beneficiada com desoneração tributária, implementada segundo metodologia idêntica à da hipótese de exportação de que trata a alínea anterior;

d) as movimentações e transações envolvendo aplicações financeiras e mobiliárias, inclusive em ouro como ativo financeiro, submetidas ao princípio do diferimento da tributação, excluídas da incidência desses tributos durante todo o tempo em que os recursos correspondentes não retornarem, dos circuitos dos mercados financeiros e de capitais, para consumo ou investimento em ativos não financeiros ou mobiliários;

e) o limiar, aproximadamente equivalente ao valor da renda líquida média anteriormente sujeita ao revogado imposto sobre a renda das pessoas físicas, abaixo do qual a incidência desses tributos, sobre os rendimentos do trabalho assalariado, será assumida previamente pelo empregador, mediante adição ao salário líquido pago, creditado ou posto à disposição;

f) as restrições preventivas à evasão tributária, dentre as quais a forma obrigatoriamente nominal e não endossável de toda e qualquer ordem de pagamento ou título de crédito, bem como as sanções eficazes para dissuadir sua burla;

g) as alíquotas acrescidas, incidentes sobre saques e depósitos de numérico junto ao sistema bancário, com o intuito de estimular a prática de transações sujeitas às alíquotas normais;

h) a divisão da incidência entre os débitos e os créditos bancários;

i) as restrições à validade do adimplemento de obrigações jurídicas onerosas, se não for comprovada a liquidação por intermédio de contas correntes à vista, de titularidade dos respectivos intervenientes envolvidos, em instituições do sistema bancário nacional, com a retenção dos tributos devidos;

j) o procedimento unificado de arrecadação simultânea de ambos os tributos, mediante aplicação de alíquota total igual à soma das alíquotas singulares de cada um deles, com repasse direto, imediato e automático, pelas instituições ou órgãos responsáveis pela arrecadação, aos respectivos destinatários, na proporção exata das alíquotas relativas ao imposto e à contribuição social;

k) as salvaguardas impeditivas de que a parcela da arrecadação, prevista na alínea precedente, representativa da contribuição social descrita no art. 195, I, possa ser desviada para empregos alheios à sua finalidade intrínseca, não estando sujeita às vinculações, estranhas à sua natureza, dos arts. 198, § 2º e 212, nem à partilha de que tratam os arts. 158 e 159.

Art. 159

I – do produto da arrecadação do imposto previsto no artigo 153, III, quarenta e quatro por cento na seguinte forma:

a-) vinte por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b-) vinte por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c-) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à região, na forma que a lei estabelecer;

d-) um por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

.....
§ 2º A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o disposto no item “d” do inciso I, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do item “d” do inciso I, observados os critérios estabelecidos no art. 158.

.....
Art. 195.

I – sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, acompanhando, mediante aplicação de alíquota adicional, a exigência do imposto previsto no art. 153, III, na forma da lei e respeitados os requisitos de que trata o art. 153, § 3º ;

.....
§ 4º As finalidades de custeio, su-

pridas pela contribuição prevista no inciso I deste artigo, abrangem também, na forma da lei:

a-) o programa do seguro desemprego previsto no artigo 7º, inciso II, e o abono de que trata o § 3º do art. 239;

b-) os gastos projetados, com o ensino fundamental público, anteriormente financiados pela extinta contribuição do salário-educação;

c-) as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

§ 9º A contribuição social prevista no inciso I não será exigida dos segurados que contribuam sob a modalidade prevista no inciso II deste artigo.”

Art. 3º A expressão final “artigos 150, II, 153, III e 153, § 2º, I”, constante nos artigos 27, § 2º, 29, V, 37, XV, 49, VII, 95, III, e 128, § 5º, I, c, fica substituída por “artigo 150, II”.

Art. 4º Ficam revogados os incisos IV a VII e os §§ 4º e 5º do art. 153, o inciso I do art. 157, os incisos I e II do art. 158, o inciso II e o § 1º do art. 159, o § 7º do art. 195, o § 5º do art. 212 e o art. 240, da Constituição Federal.

Art. 5º Ficam acrescidos, ao texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os arts. 84 e 85, nos seguintes termos:

“Art. 84. O imposto previsto no art. 153, III, da Constituição Federal, substitui, para todos os efeitos, desde o termo inicial de sua exigibilidade, a contribuição de que tratam os arts. 74, 75 e 80, I, deste Ato.

Art. 85. Lei complementar disporá sobre a forma como:

I - os fundos, programas e projetos alimentados com recursos, benefícios ou renúncias, decorrentes dos tributos extintos juntamente com a entrada em vigor do imposto e da contribuição previstos, respectivamente, no art. 153, III e 195, I, da Constituição Federal, terão suas fontes de financiamento substituídas ou sofrerão solução de continuidade;

II - serão ajustados e compatibilizados, sem prejuízo para o interesse público, os direitos e obrigações pendentes, decorrentes das legislações relativas aos tributos extintos, em virtude da nova ordem tributária instaurada com a entrada em vigor dos tributos referidos no inciso anterior deste artigo;

III - será assegurada, a cada ente político beneficiário de partilhas constitucionais de receitas federais, sem interrupção, o fluxo e o volume de recursos não inferiores ao que se tiver verificado no último exercício financeiro anterior ao da entrada em vigor dos tributos referidos no inciso I deste artigo.

Art. 6º Esta emenda constitucional entra em vigor na data de sua publicação e torna-se eficaz, no que se refere à extinção de tributos e à deflagração de novas relações obrigacionais tributárias, no primeiro dia do sétimo mês subsequente.

8. Emenda Constitucional nº 33/2001

A pretensão do Governo Federal é realizar mini-reformas tributárias, uma vez que a complexidade dos caminhos para a realização de uma modificação mais radical encontra várias resistências.

Uma reivindicação antiga de vários juristas é a desoneração das exportações. Esta encontra-se explícita neste parágrafo, que regula o *caput* do art. 149, que identifica a competência restrita da União para instituir contribuições sociais.

A intenção do Governo é substituir a PPE – Parcela de Preços Específica por uma contribuição direta sobre o valor do petróleo e derivados – a CIDE. A questão aqui será a discussão jurídica em torno da existência de um imposto específico sobre a importação, em concomitância com uma contribuição social também tratando de uma importação. Recentemente, no final de 2001, por meio de um forte lobby dos Prefeitos, os Deputados Federais aprovaram uma contribui-

ção social sobre a iluminação pública, que se encontra dentro da incidência de um imposto (IPTU), a qual foi rechaçada pelo Senado.

Vejamos o texto dessa Emenda:

*Emenda Constitucional nº 33,
de 11 de dezembro de 2001⁸*

Altera os arts. 149, 155 e 177
da Constituição Federal

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Art. 149 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 149.

§ 1º

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei⁹.

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez”(NR)¹⁰.

Art. 2º O art. 155 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 155.

§ 2º

IX -

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

XII -

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, *b*;

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

§ 4º Na hipótese do inciso XII, *h*, observar-se-á o seguinte:

I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;

II - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias;

III - nas operações interestaduais com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, desti-

nadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem;

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, *g*, observando-se o seguinte:

a) serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto¹¹;

b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou *ad valorem*, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência;

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, *b*¹².

§ 5º As regras necessárias à aplicação do disposto no § 4º, inclusive as relativas à apuração e à destinação do imposto, serão estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, *g*.”(NR)

Art. 3º O art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 177.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, *b*;

II - os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados

e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.”
(NR)

Art. 4º Enquanto não entrar em vigor a lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, *h*, da Constituição Federal, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos do § 2º, XII, *g*, do mesmo artigo, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

Art. 5º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.
Brasília, 11 de dezembro de 2001.

Notas

¹ Fonte: “camara.gov.br”(CÂMARA..., [2002?]).

² “A Secretaria da Receita Federal, em documento liberado em junho, sob o título *Carga tributária no Brasil – Texto para Discussão 07*, disponível na Internet (www.receita.fazenda.gov.br), revela que a carga bruta, incluído o FGTS, escalou de 25,5% do PIB, em 1991, para 30,1% em 1999. Ficou quase um quinto maior”(BETING, 2000, pág. 42).

³ “Espera-se que, em futuro próximo criem-se condições ideais para a cobrança do imposto sobre valor adicionado no local de origem, mesmo que se adote o princípio do destino ou um critério misto, no intuito de se conceder a totalidade ou parte do tributo arrecadado a instituições governamentais que sirvam aos que exercem a demanda final, supostamente o consumidor. Pretende-se, inclusive, a uniformização de alíquotas” (SILVA, 1998, p. 149).

⁴ “(...) Eu estive ano passado num Congresso em que estavam alguns diretores de impostos europeus, e o da Itália me disse: “olha, na medida em que acabou o controle de fronteira, nós estimamos que 30% das exportações nossas são fraldadas, são dadas como destinadas a exportação e ficam no nosso território.”

“O representante de Portugal também falou entre 25% ou 30%. (...)” (LOPES FILHO, 1999, p. 61).

⁵ Informações concedidas via e-mail (CINTRA, 2001).

⁶ Fonte: “camara.gov.br” (CÂMARA..., [2002?]).

⁷ Fonte: “fazenda.gov.br” (MINISTÉRIO..., [2002?]).

⁸ Fonte: “planalto.gov.br” (PRESIDÊNCIA..., [2002?]).

⁹ A questão da responsabilidade tributária foi neste artigo bem explicitada, já que, ao tornar a pessoa física um importador direto, este se encontrará adstrito à regra contida no art. 121 do CTN que trata do sujeito passivo da obrigação tributária.

¹⁰ Este parágrafo prevê que a lei esclareça quando a contribuição não sofrerá o chamado “efeito cascata”; ou seja, como se dará a cobrança sem ser cumulativa nas várias etapas da produção.

¹¹ Essa alínea é uma das principais regras veiculadas nesta legislação, uma vez que já preleciona um caminho correto a ser traçado quando da criação do IVA (imposto sobre valor agregado). Por se tratar de um tributo sobre o consumo, a regra da unificação das alíquotas entre os Estados é de suma importância para evitar a “guerra fiscal”, sendo o primeiro passo para um possível convencimento na órbita política em retirar dos Estados o poder de legislar sobre a matéria, tornando-a federal.

¹² A regra em tela suprime a limitação tributária contida no art. 149, que na atual redação indica a impossibilidade de cobrança de contribuições sociais no mesmo exercício financeiro ao qual fora publicada a respectiva norma (art. 150, III, *b*). Ocorre que a presente Emenda Constitucional não prevê a modificação do *caput* do art. 149.

Bibliografia

BETING, Joelmir. Está ruim? vai piorar. *O Globo*, Rio de Janeiro, 06 ago. 2000. Economia, p. 42.

CÂMARA dos Deputados. Brasília. Apresenta informações sobre a Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: [2002?].

CINTRA, Marcos. Publicação eletrônica [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <meato@uninet.com.br> em 21 dez. 2001.

DANTAS, Fernando. Governos no Brasil nunca cortaram gastos. *Estado de São Paulo*, São Paulo, 06 ago. 2000. Economia, p.B4.

FHC aceita rediscutir reforma após as eleições. *Jornal do Comércio*, [S.l.], 10 ago. 2000. Economia, p. A-13.

LOPES FILHO, Ozires. A necessidade (ou não) de Inclusão dos serviços no campo. In: _____. *Reforma tributária e Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. cap. 3, v. 1, p. 57.

MINISTÉRIO da Fazenda. Brasília. Apresenta informações sobre o Ministério da Fazenda. Disponí-

vel em : <<http://www.fazenda.gov.br>>. Acesso em: [2002?].

PRESIDÊNCIA da República Federativa do Brasil. Apresenta informações sobre a Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: [2002?].

SILVA, Carlos Roberto Lavalle da. Harmonização tributária no Mercosul. In: BRANDÃO, A. S. P.; PEREIRA, L. V. *Mercosul* perspectivas da Integração. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. cap. 5.

Democracia em Jean-Jacques Rousseau

Orlando Venâncio dos Santos Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Contextualização histórico-política. 3. Liberdade e igualdade: valores indissociáveis e fundamentais. 4. Vontade geral: essência da soberania popular e da democracia em Rousseau. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho objetiva estudar os elementos fundamentais do sistema político idealizado por Rousseau, a Democracia Rousseauiana *Do contrato social*, sem, entretanto, ter pretensões de esgotar o tema.

Para tanto, no item “2” se contextualiza a Europa do século XVIII, nas suas diversas formas de governo, todos com traços comuns, caracterizados por governos oligárquicos ou absolutistas, com concentração de poderes nas mãos de poucos da aristocracia ou, na maioria dos casos, do rei absolutista, senhor de todos e de tudo.

Em seguida, no item “3”, abordam-se os valores fundamentais do pensamento político de Rousseau, igualdade e liberdade transformadas e qualificadas, pelo pacto social, como única saída para “preservação” – troca – desses bens supremos do estado de natureza, no estado social.

No item “4”, a essência do pensamento político de Rousseau desnuda-se em suas entranhas. Um sistema político, submetido ao soberano – povo – pela vontade geral, à qual todos os poderes do estado devem obediência.

Orlando Venâncio dos Santos Filho é Advogado, Professor de Processo Civil da Unisinos, Pós-graduado em Processo Civil e Messtrando em Direito.

Na conclusão, um pouco da influência de Rousseau no pensamento e valores das sociedades moderna e contemporânea, que não é pouca, como se verá em brevíssimas considerações.

Segue, portanto, Rousseau, o filósofo e, acima de tudo, pensador político rebelde, infeliz, resumo da contradição do gênio com a sociedade, como sabiamente anota Bonavides, o *mais estranho e renovador que o ocidente já produziu*.

2. Contextualização histórico-política

Para compreensão do pensamento de Rousseau, impõe-se “viajarmos” à Europa, especialmente àquela do século XVIII, sem olvidar que, como em qualquer viagem, para se chegar ao meio do caminho é preciso tê-lo iniciado.

Politicamente, a Europa se apresentava com bastante heterogeneidade, porquanto os cinco regimes políticos estabelecidos naquele momento – o feudalismo aristocrático, repúblicas patrícias, monarquia absoluta, despotismo esclarecido e a monarquia inglesa – decorriam de condições históricas diferenciadas.

O feudalismo aristocrático e as repúblicas patrícias – 1º grupo – eram, a rigor, duas vertentes do regime oligárquico, no qual o poder é exercido por um grupo restrito, por vezes, a título hereditário.

Já a monarquia absoluta, tal como existia na França ou Espanha do século XVII, e o despotismo esclarecido, que só aparece no século XVIII, tinham algo em comum, inerte às suas naturezas, qual seja, a concentração absoluta dos poderes na mão de um soberano autoritário (2º grupo).

Quanto à monarquia inglesa, observa René RÉMOND, não é possível reduzi-la a apenas um tipo de regime político, porque, embora possuindo traços do 2º grupo – é uma monarquia –, possui parlamento, administração local, sugerindo tratar-se de um regime aristocrático, o que a levaria para o 1º grupo. Entretanto, exatamente por essas

particularidades, recebe um tratamento diferenciado, sendo de todos os regimes o que tem o futuro mais longo, tornando-se um modelo universal ([19 - -?], p. 61).

Entretanto, era o absolutismo monárquico, que conseguiu libertar-se dos entraves do feudalismo, a principal forma de organização política da Europa no século XVIII, consistindo num poder não partilhado, profundamente personalizado, concentrado na pessoa do rei, senhor de tudo e de todas as coisas, a quem todos devem obediência, conforme pugna Hobbes.

O poder do soberano não era, ainda, fixado e limitado por constituições políticas.

Ainda no século XVIII, é de importância crucial a existência dos impérios coloniais; os decadentes – Portugal e Espanha – e os emergentes – França e Inglaterra –, que disputavam, no dizer do adágio popular, *a tapa*, o espólio dos decadentes e a supremacia colonial.

Infelizmente, das relações entre estados, do comércio, da guerra, conquistas e dos tratados Rousseau não tratou, pondo fogo em parte do seu projeto primitivo que seria suas *Instituições Políticas*, conforme melancolicamente lamenta no Capítulo IX, Livro Quarto, que trata da conclusão *Do contrato social*.

É nesse contexto, portanto, em que *os sem nada têm a perder*, que deve ser compreendida e estudada a Obra do filho de relojoeiro, Jean-Jacques Rousseau, *a submissão de todos à vontade geral, expressão do povo, agora sim, soberano, corpo político, senhor do seu próprio destino*.

3. Liberdade e igualdade : valores indissociáveis e fundamentais

O grande desafio encarado por ROUSSEAU, a sua grande “invenção” (apud CHEVALLIER, 2001, p. 164), foi formular e conceber toda uma organização política na qual a liberdade e igualdade presentes no estado de natureza, pelo do pacto social, fossem reencontradas no estado social, no qual o homem substitui o instinto pela justi-

ça, e dar às suas ações uma *moralidade* até então inexistente.

A compreensão de ROUSSEAU de que todos os homens, no estado de natureza, são iguais e livres já se mostra presente no seu *Discurso sobre a desigualdade*, obra pre-nunciadora do *Contrato social*, ao diagnosticar, na espécie humana, a existência de dois tipos de desigualdade, quais sejam, uma *natural ou física*, consistindo nas diferenças de idade, saúde, força, espírito e alma; a outra, *moral ou política*, porque dependente de convenção pelo menos autorizada pelos homens, consistindo em privilégios gozados por alguns em detrimento dos outros (1988, p. 39).

Analisando a liberdade e igualdade no estado de natureza, no *Discurso...*, critica os filósofos que, embora sentindo indispensável à análise da sociedade o retorno ao estado de natureza, não lograram êxito, porquanto *uns não hesitaram em supor, no homem, nesse estado, a noção do justo e do injusto... Outros falaram do direito natural, que cada um tem, de conservar o que lhe pertence, sem explicar o que entendiam por pertencer. Outros, dando inicialmente ao mais forte autoridade sobre o mais fraco, logo fizeram nascer o Governo...*

Todos, conclui ROUSSEAU, transportaram para o estado de natureza idéias adquiridas em sociedade; falavam do homem do estado de natureza – *selvagem*, primitivo – e *descreviam o homem civil* (1988, p. 40).

Esses filósofos, conforme Rousseau, ao não compreenderem que o homem no estado de natureza é bom e justo, e que a sociedade o corrompe, acabavam transpondo todos aqueles defeitos do homem – orgulho, avidez, opressão, desejo, etc. – para o estado de natureza. Olhavam, portanto, o estado de natureza com os olhos cegos pelos vícios da sociedade que conheciam.

A crítica aos filósofos que professavam ser inerente ao estado de natureza a supremacia do mais forte sobre o mais fraco destinava-se a Maquiavel, Hobbes e Aristóteles, conforme, resta claro, mais tarde, no *Contrato Social*, Livro Primeiro, Capítulo II, ao re-

bater a idéia segundo a qual os homens, no estado de natureza, em absoluto seriam iguais, uns nascendo para escravidão, outros para dominação (ROUSSEAU, 1987, p. 24).

Diz Rousseau, não sem razão, que Aristóteles e, porque não dizer, os demais filósofos que professavam essa equivocada premissa não discerniam o efeito da causa, qual seja, a sociedade imperfeita que pela força forjou a desigualdade e escravidão.

Ao criticar Aristóteles, ressalta que, *se há, pois, escravos pela natureza, é porque houve escravos contra a natureza*, tendo a força feito os primeiros escravos, e a covardia os perpetuado (1987, p. 25).

Vê-se, pois, que Rousseau enxerga o homem – ainda que escravo! – como sujeito capaz de se insurgir e transformar a sua realidade. Até então, nunca alguém foi tão longe no questionamento das estruturas de poder, que durante séculos conceberam a escravidão como algo natural, inerente à própria condição humana.

Tendo como bem supremo a liberdade – direito e dever –, ROUSSEAU, arguto observador da realidade que o cercava numa Europa impregnada de monarquias absolutistas decadentes e voltadas, quase que exclusivamente, para os interesses da aristocracia, explícita no *Contrato social* toda a sua repugnância ao pretensão *direito do mais forte* de impor-se pela força, deixando claro que a força não gera direito, tampouco o mais forte será sempre senhor se não transformar *sua força em direito e obediência em dever* (p. 25).

Eis a genialidade de Rousseau: o mais forte, ao transformar *força em direito e obediência em dever*, necessariamente, terá que se submeter à vontade geral, expressão política do *soberano*, a quem cabe aprovar as leis – o direito –, e a essa deverá obedecer!

A força em si não produz qualquer direito, não se justificando a autoridade pela força, tampouco a escravidão, pois *renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres*, sendo nulo, portanto, o direito de escravidão, pois nada significa; direito e escravi-

dão encerram uma contradição lógica inconciliável (ROUSSEAU, 1987, p. 27, 29).

Mesmo por convenção, não seria possível a escravidão, porquanto tal convenção implicaria o soberano abrir mão da sua liberdade, do seu poder, e a vontade geral, ver-se-á adiante, também assentada na moral, não se prestaria a tal fim.

A rigor, a desigualdade não é da essência do estado de natureza, quando muito sendo este apenas *sensível* àquela (ROLLAND, 1960, p. 59).

Era preciso, portanto, cunhar instituições políticas para uma nova sociedade; enuncia-se o alicerce fundamental dessa nova ordem política e social: só um pacto social nascido da força e liberdade de todos, em que cada indivíduo, obedecendo ao todo, só obedece a si mesmo, seria capaz de preservar a liberdade e igualdade presentes no estado de natureza!

A rigor, substituí-las; a igualdade natural, por uma igualdade moral e legítima, que tornaria todos os homens iguais por convenção e direito, superando eventual desigualdade decorrente da força, gênio e outras diferenças entre os homens, próprias do estado de natureza. Entretanto, para que essa igualdade convencional fosse possível, o governo teria que ser voltado à construção de um estado social justo, pois nos maus governos essa igualdade é, apenas, *aparente e ilusória*, servindo para manter o pobre na miséria e o rico na usurpação (ROUSSEAU, 1987, p. 39).

Igualdade, portanto, não só formal, mas, moral e política, que não se coaduna com a miséria de uns e a opulência de outros. Tanto mais desigual o Estado, mais está sujeito ao tráfico da liberdade pública. *Quereis então dar consistência ao Estado? Aproximai os graus extremos tanto quanto possível; não suporteis nem opulentos nem indigentes* (ROUSSEAU, 1987, p. 85).

Rousseau como que prenuncia a realidade que hoje se constata, qual seja, não há países que socialmente sejam profundamente desiguais, com instituições democráticas sólidas. Quando muito, essas nações sofrem

das mais diversas formas de autoritarismo, intercaladas por pequenos lapsos de democracia política.

Quanto à liberdade, para ROUSSEAU, no pacto social, o homem faz uma troca: priva-se de algumas poucas vantagens do estado de natureza, recebendo em troca várias outras, que desenvolvem suas faculdades, alargam suas idéias, enobrecem seus sentimentos e elevam a sua alma, galgando uma condição superior, qual seja, a liberdade civil (1987, p. 36).

Enfim, o homem troca a liberdade do estado de natureza, limitada, apenas, pelas forças do indivíduo, pela liberdade civil, produto do pacto social, submetido à vontade geral.

4. Vontade geral: essência da soberania popular e da democracia em Rousseau

Se por meio do pacto social os homens alienariam as suas liberdade e igualdade individuais, do estado de natureza, em troca das liberdade e igualdade civis, do estado social, era preciso pensar um poder político legítimo, efetivamente comprometido com o bem comum.

ROUSSEAU, profundo estudioso do *Poder Político*, observador arguto da forma como as monarquias absolutistas européias governavam e os parlamentos elaboravam as leis, ao conceber o *Contrato social*, haveria que se cercar, como de fato o fez, de garantias que impedissem a apropriação desse novo poder por *maus governos*, que se prestam, apenas, para manter os pobres na miséria e os ricos na usurpação, cuidando dos interesses particulares, em detrimento do bem comum.

Assim o fez, submetendo as bases do pacto social à vontade geral, que não é a simples soma das vontades particulares, da vontade de todos ou da maioria, guiada pelos interesses privados, e, sim, uma vontade voltada para o bem comum (p. 46-47).

Vontade, sem dúvida, qualificada pela sua dimensão política e moral, só podendo

ser alcançada se cada cidadão opinar de acordo com a sua consciência.

Vontade geral essa a expressão política da vontade do soberano – o povo. Responde ROUSSEAU uma indagação essencial da filosofia política, como a busca do fundamento último do poder (apud BOBBIO, 2000, p. 68). A quem o povo deve obedecer? *Ora, a si mesmo, responde Rousseau!*

O soberano – o povo – é pois, pela primeira vez na história da filosofia política, alçado à condição de senhor de si mesmo – não esqueçamos que Atenas era a democracia da parcela de *homens livres!*; precisamente por isso, deve exercer o seu poder com firmeza e responsabilidade, sempre tendo em conta o bem comum.

Não poderia ser diferente porque o soberano é um corpo político, e não é possível ofender um de seus membros sem atacar o corpo, tampouco atacar o corpo sem ferir os seus membros.

O Povo, portanto, é detentor de uma soberania que, além de absoluta, é infalível, inalienável e indivisível.

Absoluta, porque o poder do soberano prescinde de garantias em relação aos seus súditos, porquanto seria ilógico o corpo político desejar prejudicar um de seus membros, como visto.

Diferentemente de Hobbes, embora absoluta a soberania, não se apresenta, em essência, como uma contraposição, uma potência adversa à liberdade individual, devendo ser entendida como resultado qualitativo da associação de todos os particulares, voltada para o bem comum, e, portanto, uma força incapaz de ferir seus elementos formadores sem a si mesmo ferir-se.

A soberania é infalível, não podendo a vontade geral errar, pelo simples fato de que *o soberano, somente por sê-lo, é sempre aquilo que deve ser* (ROUSSEAU, 1987, p. 35).

Eis a razão pela qual aquele que desobedece à vontade geral será constringido por todo o corpo político a obedecê-la, que o forçará a ser livre, constituindo essa *condição* artifício e jogo da máquina política, legiti-

mando os compromissos civis, que de outro modo tornar-se-iam absurdos tirânicos e sujeitos a abusos de toda ordem.

A soberania é inalienável, devendo o povo exercê-la diretamente, não podendo ser suscetível de cessão ou de transmissão, pena de, em cedendo a sua vontade, deixar de ser povo, agente político, senhor de si mesmo.

É partidário Rousseau da democracia direta, entendendo tratar-se a representação de forma de alienação da soberania. Os deputados do povo, destarte, não são seus representantes mas, apenas, seus comissários.

O exercício do poder político é tratado como um serviço público, uma tarefa de Estado, da qual o povo não pode jamais abrir mão. Igualmente, o combate, a luta para defender o novo Estado, que se encaminha para ruína quando o cidadão prefere servi-lo com sua bolsa e não com sua pessoa. *Dai ouro logo terei ferros. A palavra finança é uma palavra de escravos, não é conhecida na pólis* (ROUSSEAU, 1987, p. 106-107).

Para Rousseau, a representação política traz consigo outro problema grave, que deve ser combatido nos seios do Estado, qual seja, o tráfico dos interesses privados nos negócios públicos.

Essa concepção de organização política vai de encontro ao preconizado por Montesquieu, segundo Rousseau, *um feudal mal disfarçado*, que, a partir do estudo da Inglaterra e, especialmente, do parlamento britânico, optou pela defesa da democracia representativa.

A soberania é indivisível, afirma Rousseau, mais uma vez se contrapondo a Montesquieu, para quem a divisão do poder político entre legislativo, executivo e judiciário, “independentes e igualmente poderosos” – embora o judiciário fosse concebido como um poder temporário e nulo! –, era imprescindível à manutenção do estado de direito.

Para Rousseau, *ou a vontade é geral ou não é; é a do corpo do povo ou somente de uma parte*; sendo de uma parte, não passa de uma vontade particular; portanto, dividi-la em seu princípio é matá-la.

Tratando da liberdade, Hannah ARENDT afirma ser Rousseau *o mais coerente representante da teoria da soberania, derivada por ele da vontade, de modo a poder conceber o poder político à imagem estrita da força de vontade individual* (2000, p. 211-212).

Como então a vontade geral se expressa? Por meio da lei, é claro, cuja elaboração deve ficar a cargo do legislador, um ser superior, inteligente, quase divino, mas, por via das dúvidas(!), submetida à vontade geral, pelo sufrágio popular. Por isso que, para fazer a lei, só alguém capaz de uma empresa *acima das forças humanas* e, para *executá-la, uma autoridade que nada é*.

Mesmo sendo alguém quase divino, quem redige as leis não pode ter qualquer direito legislativo; este é inalienável, pertence ao povo soberano.

Para Rousseau, preocupado em pôr limites aos abusos, desejos e vontades privadas, só a lei, a mais sublime de todas as instituições humanas, seria capaz de assegurar ao estado social a justiça e a liberdade.

O objeto da lei, entretanto, deve ser necessariamente geral, considerando os súditos no seu conjunto e as ações como abstratas, jamais um homem individualmente, nem uma ação particular.

O legislador, na elaboração das leis, não pode esquecer dos hábitos, costumes e sobretudo da opinião; ou seja, o legislador, na sua tarefa quase divina de elaborar as leis, haverá que examinar a que povo se destina, se está apto a suportá-las, antes de empreender o seu hercúleo empreendimento.

Quanto à execução das leis, é tarefa do governo – formado por magistrados ou reis, governadores –, que *age* como *ministro do soberano*. É, portanto, um corpo intermediário (*Príncipe*) entre súditos e soberano, encarregado da manutenção da liberdade civil e política. Esse corpo executa as leis, não as interpreta; tarefa essa reservada ao legislativo (vontade geral).

Eis a democracia de Rousseau: o poder político integralmente na mão do povo – soberano –, a quem, diretamente, cabe a apro-

vação das leis; e um governo que, na execução das leis, se limita a ser *ministro* da vontade geral.

5. Conclusão

O primeiro grande legado de Rousseau foi a necessidade de legitimidade do poder político, concebendo o povo como titular dessa legitimidade, como agente político de transformação. Nunca, em tempo algum, repita-se, filósofo ou pensador político atribuiu tanto poder ao povo, que deixa de ser mero coadjuvante para ganhar uma dimensão política que jamais lhe fora atribuída.

Ao estabelecer que a renúncia à liberdade – e à igualdade, indissociavelmente àquela ligada – seria renunciar aos direitos de humanidade, acabou por inspirar aquilo que veio a ser *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, aprovada pela Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789, como ato de *constituição de um povo*, segundo palavras de membro da assembleia, conforme BOBBIO (1992, p. 85).

O grande historiador Georges Lefebvre, em breve trecho referido por Bobbio, anota: *proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução*. Ora, indubitável tratar-se de inspiração no *Contrato social*.

A separação entre os interesses público e privado, e, porque não dizer, a própria noção daquilo que veio a se chamar, posteriormente, Direito Público, como ramo do direito voltado para regular os interesses e atividades do Estado e, conseqüentemente, para o bem comum, deve-se a Rousseau.

Os costumes, senão como fonte de direito, como um elemento indispensável a ser observado pelo legislador, *sábio instituidor*, eis que a lei, então, deve ser produto também do meio social, da sociedade, na qual deverá ser aplicada.

Em contra-ponto, papel importante na afirmação do positivismo jurídico, à época,

fundamental para assegurar o respeito dos particulares, especialmente dos despossuídos de poder e bens no Estado imaginado à vontade geral do povo soberano.

O instituto do sufrágio universal, até hoje, elemento fundamental da prática política nas mais diversas instâncias do poder político e na sociedade em geral.

As influências de Rousseau são majestosas. Não sem razão BONAVIDES afirma que “o *Contrato Social* sacode o homem do século XVIII com a mesma intensidade com que o *Manifesto Comunista abala o século XX*” (1961, p. 187).

Eis o pensador político rebelde, revolucionário, cuja obra, quase cem anos antes do *Manifesto Comunista* de Marx, fez tremer toda Europa.

Eis Rousseau, um homem cuja influência no pensamento político contemporâneo é imedida e, longe de ter-se esgotado, reclama que continuemos a discuti-lo, como diria Bonavides, seja para refutá-lo, seja para consagrá-lo.

Acima de tudo, entretanto, para buscarmos inspiração à resolução de um problema crucial da democracia burguesa atual: a legitimidade política.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Os clássicos da política*. Organização de Francisco C. Weffort. São Paulo: Ática, 2001. v. 1.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

_____. *Teoria geral da política*. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Democracia e liberdade no contrato social de Rousseau. In: CAVALCANTI, Themistocles et al. *Estudos em homenagem a J. J. Rousseau*. Rio de Janeiro: FGV, 1962.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas*. 8. ed. São Paulo: Agir. 2001.

FUNDAÇÃO Getúlio Vargas. *Estudos em homenagem a J. J. Rousseau: 200 anos do “Contrato social” – 1762-1962*. Rio de Janeiro: FGV, 1962.

MARQUES, Adhemar; BERUTTI, Flávio; FARIA, Ricardo. *História contemporânea: Através dos textos*. São Paulo: Contexto, 1997.

NASCIMENTO, Milton Meira do. *Os clássicos da política*. Organização de Francisco C. Weffort. São Paulo: Ática, [19- -?]. v. 1.

RÉMOND, René. *O antigo regime e a revolução 1750-1815*. São Paulo: Cultrix, [19- -?].

ROLLAND, Romain. *O pensamento vivo de Rousseau*. São Paulo: Livraria Martins, 1960.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Os pensadores).

_____. *Do contrato social*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Os pensadores).

As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado

Alexandre Santos de Aragão

Sumário

1. Introdução
2. Inglaterra
3. Estados Unidos da América do Norte
4. França
5. Espanha
6. Itália
7. Argentina
8. Conclusões

1. Introdução

A criação de entidades dotadas de especial autonomia frente ao Poder Executivo Central não é fenômeno exclusivo do Brasil. Muitos países, uns há mais, outros há menos tempo, recorreram a esse modelo organizativo para dar conta da regulação de setores sensíveis da vida social, neles incluídos certos setores da economia.

O nosso objetivo não é traçar um perfil pormenorizado dessas instituições nos direitos nas quais foram adotadas, mas apenas o de realizar um corte metodológico para, sempre ressalvadas as peculiaridades de cada sistema jurídico, identificar como a doutrina e a jurisprudência desses países vêm tratando questões polêmicas também suscitadas entre nós.

Em estudo de Direito Comparado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 80), ao versar sobre as agências administrativas independentes, observou que,

“tanto na Espanha como no Brasil, as opiniões se encontram divididas quanto à constitucionalidade das administrações independentes e às entidades que devem ser incluídas no gênero. Assim é que dificuldades técni-

Alexandre Santos de Aragão é Mestre em Direito Público pela U.E.R.J. Professor contratado de Direito Administrativo e da disciplina eletiva “Agências Reguladoras” da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – U.E.R.J. Professor da Pós-Graduação em Direito Econômico Internacional da PUC/RJ e da Pós-Graduação em Direito da Administração Pública da UFF. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

co-jurídicas, como a dependência direta do Legislativo sem intermediação da Administração, a substituição de um controle de natureza judicial por um órgão estatal não judicial e o problema da independência da direção das agências frente ao Governo central, suscitam, tanto aqui como alhures, instigantes debates”.

Com efeito, como veremos, é curioso notar como, em todo sistema jurídico em que foram adotadas, as agências reguladoras independentes levantaram polêmicas e candentes questões quanto à incolumidade do poder de direção da Administração central e ao amplo poder normativo do qual são dotadas. É curioso também como, em todos eles, a constitucionalidade dessas entidades foi afirmada por meio de interpretações construtivas da Constituição. São esses pontos que constituirão o foco da nossa investigação comparada, sempre com vistas a fornecer a maior luz possível sobre os desafios colocados no Direito pátrio.

2. Inglaterra

As agências reguladoras independentes não possuem, na Inglaterra, uma peculiaridade que as distinga dos demais corpos administrativos, uma vez que a Administração Pública inglesa é caracterizada por seu fortíssimo policentrismo e pela autonomia de seus órgãos¹, denominados *Quasi Autonomous non Governmental Organizations* – *QUANGOS*, *boards* ou *quasi tribunals*.²

No dizer de Howard Machin,

“os Ministérios em Londres não existem para administrar, mas para gerir as atividades administrativas de outras organizações. Não existem, portanto, ‘serviços externos’, mas apenas uma pequena administração central, cujas funções se limitam a definir as grandes linhas das políticas públicas, à preparação das leis, dos regulamentos, das respostas às questões formuladas pelos parlamentares e ao con-

trole da função administrativa exercida por outros organismos. (...) A noção de ‘autoridade’ implica, pois, a existência de uma organização distinta e autônoma, exterior ao serviço público (*à la fonction publique*), e dotada de poderes, de responsabilidades e de recursos financeiros outorgados pelo Estado”(1988, p. 236).

Começaram a surgir no século XIX. Como não havia a idéia de Administração Pública, mas apenas de Governo, quando era editada uma lei para dar conta de determinado interesse público, era concomitantemente criado um órgão para implementá-la. Dessa maneira, foram criados *quangos* para as mais diversas finalidades (assistenciais, de controle, reguladoras³ etc.), chegando a alcançarem em seu conjunto o impressionante número de mil e quinhentas organizações⁴.

Como exemplos, podemos citar a *Monopolies and Mergers Commission*, criada em 1949 e encarregada da proteção da concorrência; a *British Broadcasting Corporation (B.B.C.)*; a *Independent Broadcasting Authority*, incumbida da supervisão das empresas privadas de televisão; a *University Grants Committee*, incumbida da repartição de receitas entre as universidades e os centros de pesquisa; o *British Council*, executor da política de promoção cultural inglesa no exterior; o *Medical Research Council*, a *Civil Aviation Authority* etc.

A doutrina observa a diversidade estrutural dos *quangos*, dificilmente sujeitos a uma conceituação homogênea ou mesmo a uma classificação dotada de maior racionalidade. Tony Prosser afirma a “necessidade de ser destacado o enorme pluralismo da regulação britânica: um enorme espectro de diferentes formas institucionais foi adotado, com variedade de propósitos e abordagens, não tendo predominado ao longo dos anos qualquer razão ou tipo de instituição” (1997, p. 32).

Existem pequenas instituições como o Conselho de Desenvolvimento da maçã e da

pêra, até aquelas com grandes responsabilidades, a exemplo da Autoridade da Energia Atômica. “As fronteiras deste estranho reino do ‘quasi government’ é, destarte, muito difícil de ser delineada. Como notou Sir Norman Chester, o único elemento comum a estes organismos é o de que a sua responsabilidade frente às autoridades políticas – o ministro, o parlamento ou o Conselho local – é indireta e limitada” (MACHIN, 1988, p. 240).

A doutrina inglesa comenta que

“o problema das relações entre uma autoridade e seu ministro supervisor, encarregado da sua tutela, geralmente não é difícil. Em princípio, a responsabilidade do ministro é bastante atenuada, e o ministro é responsável perante o Parlamento pelas grandes políticas e pelo orçamento da autoridade. Normalmente esta idéia de responsabilidade limitada é estabelecida pela legislação da autoridade em questão, já que, sem definição jurídica dos poderes de intervenção do ministro, não há autoridade que seja realmente ‘independente’. Todavia, algumas autoridades são regidas por tradições ou regras não-escritas de não-intervenção ministerial, tradições estas que muitas vezes evoluem segundo o contexto político. De qualquer forma, a debilidade dos meios políticos do Executivo geralmente leva os ministros a não se imiscuírem” (MACHIN, 1988, p.247).

Inicialmente havia dúvidas quanto à possibilidade de os *quangos* serem controlados jurisdicionalmente, o que foi expressamente afirmado por via legislativa em 1958. Também estão sujeitos ao controle administrativo exercido pelo *Council of Tribunals*.

No Governo Thatcher, partidário da *deregulation*, buscou-se aumentar o controle sobre os *quangos* e extinguir uma série deles. Todavia, apesar de terem sido extintos cerca de quinhentos *quangos*, foram criados outros sessenta, principalmente para regular as atividades então desestatizadas (PAS-

SARO, 1996, p. 64). Esses novos *quangos*, seguindo a tendência global, adotaram a nomenclatura norte-americana de *agencies* ou *commissions*.

Todavia, ao contrário do que uma apreciação apressada poderia dar a entender, essas *agencies* ou *commissions* não se inspiraram de maneira tão forte na secular experiência inglesa, nem nas *Agencies* norte-americanas. Para Tony Prosser (1997, p. 57) as principais razões para não adotar integralmente modelos ingleses antigos ou os dos EUA⁵ foi o desejo de evitar formalismos e legalismos, assim como o de reduzir o controle jurisdicional – o que não foi de todo alcançado – e o de aumentar o controle ministerial⁶.

De forma geral, os *quangos* reguladores pós-privatização tiveram a sua competência repartida com os ministros de cada setor. Estes ficaram incumbidos da modelagem inicial do setor regulado, possuindo a competência para expedir as *licences* (equivalentes aproximadamente às nossas concessões e permissões de serviços públicos), ao passo que as *agencies* ficaram com as competências sancionatórias, de alteração das *licences* e de proteção dos consumidores (PROSSER, 1997, p. 48). Aos ministros compete a fixação das políticas públicas; às agências, executá-las com autonomia, inclusive financeira (CATTANEO, 1999, p. 259).

Apesar da enorme importância histórica dos *quangos* ingleses, a sua disciplina, pelas peculiaridades do Direito britânico, não é uma ferramenta comparada muito hábil para auxiliar-nos na resolução das questões postas no Direito brasileiro em relação às agências reguladoras.

Com efeito, o caráter flexível da Constituição consuetudinária do Reino Unido, o seu exacerbado parlamentarismo e a verdadeira fusão (não separação) de poderes – *fusion of powers* – existente na arquitetura político-institucional desse país (BARENDT, 1998, p. 34-35, 107-108), fazem com que questões como a amplitude do poder regulamentar das agências independentes e a

sua independência frente ao poder central do Estado, comuns a todos os demais países que adotaram esse modelo, não tenham razão de existir.

Nos EUA, país afiliado à *common law*, mas dotado de uma Constituição rígida e escrita que acolhe o Princípio da Separação dos Poderes, a situação é de todo diversa.

3. Estados Unidos da América do Norte

O estudo das agências reguladoras no Direito norte-americano é de grande importância, uma vez que os EUA foram o primeiro país a adotar esse modelo organizativo⁷, apenas recentemente adotado em países da tradição francesa do Direito Administrativo, tais como a própria França, Itália, Espanha, Brasil e Argentina.

A demora na adoção do modelo das agências reguladoras independentes pelos demais países se deve menos a um suposto atraso na evolução do Direito Administrativo e mais às circunstâncias político-econômicas neles verificadas. Mais especificamente, os EUA sempre tiveram uma perspectiva liberal e não-estatizante bastante forte, ao passo que a América Latina e a Europa Continental se viram ao longo de todo o século passado envolvidas em uma série de demandas e convulsões sociais que levaram o Estado a adotar uma política estatizante.

Nessas circunstâncias, não era necessária a criação de agências independentes para regular atividades econômicas ou serviços públicos que já eram prestados pelo próprio Estado ou por empresas da sua Administração Indireta.

Tudo mudou com o movimento da desestatização, que fez com que as circunstâncias político-econômicas desses países se aproximassem daquelas que sempre se verificaram nos EUA.

Sendo assim, mais do que supostos “imperialismos”, a adoção do modelo das agências reguladoras independentes é decorrência natural da mudança da realidade dos

países da América Latina e da Europa Continental, que os fez se aproximarem dos EUA. Podemos dizer que, partindo de extremos opostos em direção à mesma direção, EUA e América Latina/Europa acabaram chegando a um ponto aproximado do ponto de vista do Direito Econômico.

Os EUA saíram de uma situação em que o liberalismo vigia em toda a sua ortodoxia (até cerca de 1887), passaram a uma forte regulação estatal (*New Deal*), gradativamente atenuada após a guerra. Na década de oitenta, os EUA sofreram o movimento da *deregulation*, pelo qual se propugnava a extinção ou a diminuição da regulação estatal. O ideário, nunca implementado em sua radicalidade, até pelo insucesso da maior parte das suas experiências, não gerou muitos frutos, o que levou ao retorno de uma situação de equilíbrio.

A América Latina e a Europa também partiram de um liberalismo ortodoxo (séculos XVIII e XIX), passaram a um breve período de regulação da economia, embarcando então na estatização da economia a partir do Segundo Pós-Guerra, situação revertida apenas na década de oitenta com a desestatização acompanhada da regulação dos setores passados à iniciativa privada.

Na América Latina/Europa, o Estado deixou de prestar ou explorar diretamente (ou por intermédio da sua Administração Indireta) a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas que, no entanto, pela sua sensibilidade com os interesses maiores da coletividade, deviam ser objeto de uma regulação independente, inclusive frente aos eventuais ocupantes de cargos políticos. Esse é o principal *telos* das agências reguladoras independentes, que sempre existiu nos EUA, mas que apenas recentemente tomou corpo na América Latina e na Europa Continental.

Destacando a diferença de formação histórica das duas realidades, Sabino Cassese afirma que,

“nos Estados Unidos, o desenvolvimento das *independent regulatory agen-*

cies foi o fruto do alargamento da *governance regulation* e da produção legislativa do direito. Na Itália, ao revés, a instituição de autoridades independentes é acompanhada de uma mudança na disciplina pública das atividades privadas dirigida antes à liberalização, à *deregulation*, à substituição de normas finalísticas por normas condicionais” (1996, p. 219).

Podemos, calcados nas lições de Andres Betancor Rodríguez (1994, p. 32-55), elencar as seguintes razões para o fato de os EUA terem conferido independência a muitas de suas agências: (a) o fato de, ainda que sem caráter de coisa julgada, comporem conflitos (função quase-jurisdicional), o que requer uma posição de “terceiro imparcial”; (b) a tradicional desconfiança do Congresso em relação ao Presidente; (c) a neutralização política da Administração promoveria a competência profissional, a estabilidade das instituições colocadas sob a proteção do Congresso e seria favorecida a coerência e a responsabilidade das ações administrativas; (d) o pragmatismo típico do espírito anglo-saxão; (e) para, na época da *New Deal*, compensar o inevitável incremento das funções e regulamentações estatais, evitando, com a atribuição de grande parte destas funções a agências independentes, que o poder do Presidente aumentasse desmesuradamente; (f) as novas tecnologias exigiam uma regulação técnica, de especialistas, com o que também se asseguraria a adoção de critérios objetivos de decisão, desvinculados de interesses político-partidários; (g) as eventuais contradições com o Princípio da Separação dos Poderes não as tornou desfuncionais por terem atendido aos objetivos do *New Deal* e por contarem com o respaldo da maioria dos congressistas; e (h) são importantes para o equilíbrio das relações entre os Poderes porque a impossibilidade de livre exoneração dos seus dirigentes pelo Presidente as torna um importante instrumento à disposição do Congresso para assegurar a fidelidade da Administração à

lei, funcionando como um contra-peso dos poderes do Executivo.

A primeira agência reguladora independente de que se tem notícia foi a *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário⁸. Essas entidades foram-se multiplicando de tal forma que hoje o direito administrativo norte-americano é praticamente confundido com o direito das agências (DI PIETRO, 1999, p. 385), sejam elas reguladoras ou meramente executivas, independentes ou subordinadas hierarquicamente ao Presidente da República⁹.

Para a compreensão da disciplina das agências nos EUA e das possibilidades de sua utilização como ferramenta de Direito Comparado, devemos estar atentos para a formação do Direito Administrativo desse país. Neste escopo, Mariano Magide Herro observa que

“no final do século XIX era tradicional na literatura norte-americana a distinção entre poder executivo e poder administrativo. O primeiro era diretamente atribuído ao Presidente pela Constituição, e não ia muito além das atribuições concretas do artigo II (relações internacionais, defesa, etc.) e tinha substância política. O segundo era, em tese, um poder basicamente apolítico, que deveria ser exercido principalmente por especialistas e sobre cujos titulares decidia o Congresso. O incremento de funções da Administração interventora da década de trinta progressivamente aumentou esse poder administrativo, que cumulava potestades próprias dos três poderes tradicionais para melhor cumprir as suas funções de direção e supervisão dos diferentes setores em que operava. Essa concentração de poderes executivos, legislativos e judiciais, entendidos à maneira norte-americana, justificava para alguns a sua atribuição a uma quarta instân-

cia, não hierarquicamente subordinada ao presidente, para que fosse mantida a essência do princípio da divisão dos poderes entendido como sistema de *cheks and balances* tal como adotado pela Constituição de 1787” (HERRERO, 2000, p. 170).

O mais relevante do estudo da disciplina legal dos EUA e, sobretudo, da jurisprudência da Suprema Corte acerca das agências reguladoras é o fato de revelarem discussões que já são seculares e que apenas agora, obviamente que com suas peculiaridades, se iniciam na América Latina e na Europa Continental.

É realmente curioso notar a homogeneidade com que as mais importantes e polêmicas questões referentes às agências reguladoras independentes se repetem ao longo do tempo nos mais diversos países, inclusive, e pela primeira vez, nos EUA.

Assim, questões como a posição das agências reguladoras independentes no tradicional esquema dos três poderes; as suas relações com o Chefe do Poder Executivo, inclusive a possibilidade deste exonerar *ad nutum* os seus dirigentes; o seus poderes normativos; a legitimação dos seus procedimentos; e a abrangência do controle jurisdicional sobre os seus atos são há décadas discutidas nos EUA e, certamente, guardadas as peculiaridades do sistema norte-americano, as decisões e fundamentos que as dirimiram podem lançar ótimas luzes à sua solução também em outros países em que, tal como o nosso, apenas recentemente, mas com intensidade, surgiram.

Uma das mais tormentosas questões colocadas pelas agências reguladoras independentes, mas que não é exclusiva delas, abrangendo também outros órgãos e entidades administrativas não-independentes, é a atribuição de competências relacionadas com os três poderes tradicionais do Estado: administram, compõem conflitos entre os particulares e o Estado ou até mesmo apenas entre particulares e editam normas gerais e abstratas. Assim, nos EUA se come-

çou a afirmar que exerciam funções administrativas “quase-judiciais” e “quase-legislativas”, o que, no entanto, não violaria o Princípio da Separação de Poderes constitucionalmente consagrado.

Aqui cabe uma observação: nos EUA a decisão de conflitos com administrados e a expedição de normas gerais e abstratas pela Administração não são consideradas, ao contrário do que se dá entre nós, funções administrativas materiais.

Alguns chegaram a defender que as agências teriam-se tornado um verdadeiro *“headless forth branch”*. O Juiz da Suprema Corte Robert Jackson afirmou que

“ter-se-iam tornado um verdadeiro quarto campo de Governo, que ultrapassou a nossa teoria dos três poderes. (...) As agências administrativas foram chamadas de ‘quasi-executivas’, ‘quasi-judiciais’ e ‘quasi-legislativas’ como forma de conciliá-las com o esquema de separação de poderes consagrado na Constituição. A simples qualificação como ‘quasi’ traz implícita a confissão de que as classificações reconhecidas não mais são aplicáveis sem problemas e ‘quasi’ é uma cobertura que damos para aliviar nossa confusão da mesma forma que poderíamos usar uma colcha para cobrir uma cama desarrumada”¹⁰.

Refutando a figura de um “quarto poder”, mas sustentando uma benéfica “confusão dos poderes” típicos da divisão tripartite, Peter Strauss (apud VASCONCELOS, 1994, p. 92) afirma que o Princípio da Separação dos Poderes deve ser hoje integrado por considerações ligadas à proteção das garantias individuais, mediante a imposição de requisitos de objetividade e imparcialidade, e por preocupações inerentes ao “sistema de freios e contrapesos” entre os diversos órgãos e entidades estatais. Assevera ainda que a separação do poder *into three separate branche* apenas diz respeito à cúpula do Estado, sendo as *agencies* irreduzíveis a um só dos poderes. A vitalidade e

legitimidade destas adviria, ao contrário, exatamente do equilíbrio entre os influxos – *checks and balances* – sobre elas exercidos pelos três poderes tradicionais do Estado¹¹.

Todavia, constata-se na evolução jurisprudencial que, de uma posição que assegurava amplas ingerências de todos os poderes nas agências independentes, a Suprema Corte passou a restringir a existência de poderes do Legislativo sobre os dirigentes das agências com competências administrativas, contemplando, dessa forma, a teoria do executivo unitário¹². Em *Buckley v. Valeo* (1976), rechaçou a nomeação de dirigentes de agências pelo Congresso; em *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (1983), reconheceu a inconstitucionalidade dos vetos legislativos, pelos quais o Congresso poderia suspender decisões das agências; em *Bowsher v. Synar* (1986), refutou a possibilidade de exoneração de dirigente da Administração pelo Congresso.

A concepção originária dos EUA e o sistema do *Common Law* praticamente desconheciam a função administrativa, daí a já mencionada utilização da nomenclatura de função “quase-judicial” e “quase-legislativa” das agências reguladoras, para o que, em realidade, não era nada mais do que, respectivamente, a função processual e regulamentar da Administração Pública. Com a atual posição da Suprema Corte, que impede uma série de ingerências do Poder Legislativo sobre as agências que exercem funções administrativas, ficou claro que as outrora chamadas funções “quase-judiciais” e “quase-legislativas” das agências reguladoras são espécies da função administrativa *lato sensu*, sendo inclusive de se observar que os autores mais modernos abandonaram essa nomenclatura.

Especificamente quanto à vedação de livre exoneração dos dirigentes das agências independentes por parte do Presidente da República, condicionada às justas causas enumeradas em lei, o que é considerada a principal nota da sua conceituação e diferenciação das demais agências, a jurispru-

dência norte-americana tem os seguintes principais marcos: (a) *Myers v. United States* (1926): interpretando a seção 1ª do art. II da Constituição Norte-Americana, a Suprema Corte inferiu da competência do Presidente de zelar pela fiel execução das leis a sua competência para exonerar livremente os titulares dos órgãos da Administração; (b) *Humphrey's Executor v. United States* (1935): limitou as conclusões havidas em *Myers* apenas às agências puramente executivas, afirmando que seria constitucional o dispositivo que limitasse às justas causas a possibilidade de exoneração dos dirigentes das agências que exercem poderes quase-jurispcionais e quase-legislativos; (c) *Wiener v. United States* (1958): indo além, a Corte afirmou que se a agência exerce funções quase-jurispcionais ou quase-legislativas, os seus dirigentes não podem ser exonerados sem justo motivo, ainda que a lei se silencie a este respeito; e (d) *Morrison v. Olson* (1988): a Suprema Corte entendeu que as limitações ao poder de exoneração dos dirigentes das agências independentes pelo Presidente, limitada a algumas hipóteses taxativas de “justa causa”, não é inconstitucional, vez que, “apesar de supor uma limitação dos poderes presidenciais, esta não era tal que impedisse ao Presidente exercer a sua obrigação de velar pela fiel execução das leis, nem a um indevido enfraquecimento da autoridade do Executivo” (HERRERO, 2000, p. 170). O poder de exoneração, apesar de condicionado a uma *good cause*, continuava, entendeu a Suprema Corte, nas mãos do Executivo (RODRIGUES, 1994, p. 52).

Diretamente afinada com a concepção de “poder executivo unitário” acima vista, essa última decisão é de grande importância, uma vez que, confirmando as conclusões de *Humphrey's Executor v. United States*, adotou-as sob outra perspectiva.

Como observa Andres Betancor Rodriguez (1994, p. 52), o que se afirmava em *Humphrey's* era a inexistência de livre exoneração nas agências que não fossem pura-

mente executivas, ao passo que em *Morrison* a perspectiva é outra:

“apesar de o Congresso ter limitado o poder presidencial de exoneração, este continua contando com o poder necessário para cumprir as suas atribuições constitucionais, para o que o Tribunal afirma que o relevante não é se é puramente executiva ou não, mas sim se as restrições ao poder de exoneração impedem ou não ao Presidente o cumprimento de suas atribuições constitucionais. O Tribunal conclui que não, já que o Presidente continua tendo uma ampla autoridade para assegurar que o Conselho (a agência independente, diríamos) execute competentemente as suas responsabilidades legais”¹³.

Isso fez com que os que se opunham às agências não mais insistissem na impossibilidade de o Congresso fixar limites à exoneração, propugnando principalmente a partir de então pela possibilidade de o Presidente editar normas cogentes para as agências, integrando e harmonizando a sua atuação no conjunto do Executivo, sempre dentro da idéia de unidade deste. Ora, se uma agência descumprisse essas normas, verificada estaria a *good cause* para legitimar a sua exoneração. Seria a idéia de que “não importa quem faça, desde que faça o que eu determine”.

Os marcos dessa nova tendência foram as *Executive Orders* nº 12.291 e 12.498, emitidas pelo presidente Reagan, que, em síntese, submeteram os atos das agências à prévia aprovação do *Office of Management and Budget* (OMB), diretamente vinculado ao Presidente. Para evitar eventuais arguições de inconstitucionalidade, eram apenas facultativas para as agências independentes. Todavia, por conveniências políticas, pelo menos sete das mais importantes agências independentes a elas aderiram, o que acabou lhes retirando de fato o caráter independente (RODRIGUES, 1994, p. 48-49).

Essa disciplina foi aperfeiçoada pela *Executive Order* nº 12.886/93 – *Regulatory*

Planning and Review, editada pelo Presidente Bill Clinton. Esse ato estabelece procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem os seus procedimentos regulatórios, devem comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo – o *Regulatory Working Group* – incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental. “O procedimento de revisão, em princípio, só afeta às agências executivas e aos regulamentos de aplicação geral significativa – *significant regulatory action* –, tanto por seu impacto (superior a cem milhões de dólares anuais), como por razões de coordenação (interferência nas ações de outras agências federais, na política presidencial, nas ações dos estados ou dos entes territoriais locais)”¹⁴.

Podemos constatar que, em virtude da evolução da jurisprudência da Suprema Corte, hoje sufragadora de um “Executivo unitário”, e da edição das *Executive Orders* acima citadas, a relação das agências independentes nos EUA tem-se aproximado bastante do que se verifica nos países da tradição do direito administrativo.

Colocado o quadro geral das agências reguladoras independentes dos Estados Unidos da América do Norte, deve ser destacado o avanço procedimental a que chegaram com o *Administrative Procedure Act* – *APA* de 1946, que assegura a participação dos indivíduos e dos grupos (relacionados com interesses coletivos e difusos) nos processos decisórios das agências, mesmo naqueles que visam à emissão de normas gerais e abstratas.

Note-se, todavia, que na doutrina e jurisprudência majoritárias essas garantias de exigências não são consideradas decorrências diretas do *due process of law* constitucionalmente assegurado, tendo, portanto, natureza meramente infraconstitucional (LA-VILLA RUBIRA, 1991, p. 1101-1120).

De toda forma, Laurence H. Tribe observa que as garantias procedimentais concer-

nentes às decisões das agências objetivam impedir arbitrariedades no desempenho das funções a elas delegadas pelo Congresso (2000, p. 988).

Quanto ao desempenho de funções regulamentares pelas agências (na nomenclatura norte-americana, funções quase-legislativas), a orientação prevalecente, apesar de alguns adeptos da *non-delegation doctrine*, é no sentido de que a lei deve conter os *standards* mínimos – *intelligible principle doctrine* – pelos quais deve a Administração se pautar (CARBONEL, 1996, p. 25-29).

Ocorre que também esses parâmetros podem ser extraídos tanto da letra de alguma disposição legal como, de forma implícita, do seu espírito ou do sistema jurídico como um todo. Nesse sentido, a Suprema Corte Norte Americana chegou a decidir que o mero estabelecimento da finalidade de alcançar o “interesse público”, a ser perseguida no exercício do poder regulamentar de certa agência independente, já era capaz de legitimar o seu exercício: “O termo ‘interesse público’, tal como empregado, não é um conceito desvestido de critérios, mas possui relação direta com a adequação dos serviços de transporte, com as suas condições essenciais de economia e eficiência (...) (SCHWARTZ, 1950, p. 26).

Quanto ao controle jurisdicional sobre as decisões das agências, o Poder Judiciário acaba, em razão de uma salutar autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, *desde que razoáveis*, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação. Assim, Bernard Schwartz afirma que, “se há um ponto duvidoso, nós devemos hesitar em rejeitar a conclusão da Comissão, baseada em juízos claros, específicos e compreensíveis apoiados nos fatos” (1950, p. 119). Em outras palavras, em havendo diversos entendimentos razoáveis, deverá prevalecer o adotado pela agência.

4. França

O fenômeno das agências reguladoras independentes, que implica um pluricentrismo administrativo, alcançou até mesmo a França, país que tradicionalmente sempre zelou pela unidade e organização hierárquica da sua Administração Pública¹⁵.

Na França, esses centros competenciais autônomos de regulação adotaram a denominação de “autoridades administrativas independentes”¹⁶, possuindo algumas peculiaridades em relação aos demais países, entre as quais destaca-se a ausência de personalidade jurídica, o que nos leva a constatar a prescindibilidade desta para a concepção de organismos autônomos dado o próprio relativismo da importância da personalização jurídica no Direito Público¹⁷.

A doutrina gaulesa¹⁸ costuma conceituar as autoridades administrativas independentes a partir dos seus próprios termos, ou seja, seriam (a) autoridades, no sentido de exercerem competências decisórias, excluindo-se, assim, aqueles órgãos que exercem funções meramente consultivas; (b) administrativas, “exercentes de uma função de regulação destinada a estabelecer as ‘regras do jogo’ entre os atores sócio-econômicos – missão mais ampla que aquela de comando”; e (c) independentes, já que não integram a linha hierárquica do Poder Executivo central. “Apesar de serem desprovidas de personalidade jurídica, sendo orçamentariamente ligadas às estruturas ministeriais, escapam a todo poder hierárquico ou de tutela¹⁹. Os únicos limites à sua autonomia consistem na obrigação de publicar um relatório anual de prestação de contas e no controle exercido sobre certas decisões suas pelo juiz, normalmente do contencioso administrativo, e às vezes do Poder Judiciário”. Além disso, René Chapus observa que “o estatuto funcional destas autoridades é geralmente concebido de maneira tal que assegure a efetividade da sua liberdade de decisão. Em outras palavras, notadamente, os requisitos

de investidura das pessoas que serão dotadas desta liberdade decisória e o modo de sua designação, o regime de cassação do seu mandato, assim como a instituição de casos de incompatibilidade tendentes a prevenir ou tornar inócuas as pressões e influências de qualquer ordem que poderiam surgir em relação a eles.

Contribuindo para este estatuto, o Conselho de Estado decidiu que o Governo não pode legalmente dar fim às funções do presidente (e, sem dúvida, também dos demais membros) de uma autoridade administrativa independente por ter alcançado a idade de aposentadoria no seu órgão público de origem” (CHAPUS, 1999, p. 215).

Essa caracterização, aparentemente simples, gera, no entanto, muitas divergências ao serem abordadas as autoridades administrativas independentes em espécie. Merecem destaque as divergências existentes em relação à característica de “autoridade”: parte da doutrina a concebe de maneira mais ampla, abrangente não apenas dos órgãos que exercem decisões obrigatórias – fiscalizatórias, sancionatórias e regulamentares –, verticais, em sentido tradicional, mas também as “organizações que exercem uma *autorité morale* ou algum outro tipo de *influence déterminante*, ainda que os seus atos sejam formalmente meras recomendações”²⁰.

Nesse sentido, GÉRARD TIMSIT, propugnando mesmo por uma *autre logique du droit*, afirma que

“as instâncias de emissão de normas não podem ser reduzidas apenas àquelas investidas de um poder de edição de normas obrigatórias, isto é, cujo desrespeito acarreta uma sanção no sentido clássico do termo. As autoridades administrativas independentes contribuem tanto para a elaboração do Direito quanto as autoridades administrativas clássicas, por meios que não são necessariamente meios de constrição e de imposição, mas que –

geralmente – não são menos eficazes: informação, investigação, proposição, recomendação” (1988, p. 316).

Essa concepção mais ampla das autoridades administrativas independentes foi legislativamente adotada em relação ao *Médiateur de la République* (Leis de 3 de janeiro de 1973 e de 13 de janeiro de 1989), semelhante a um *ombudsman*; à *Commission Nationale de d’Évaluation des Universités* (Lei de 10 de julho de 1989); à *Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité* (Lei 10 de julho de 1991) e à *Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale* (Lei de 8 de julho de 1998) (VAN LANG, 1999, p. 37). Parte da doutrina também inclui entre as autoridades administrativas independentes a *Commission d’Accès aux Documents Administratifs – CADA* (Lei de 17 de julho de 1978), que, apesar de não possuir poderes coercitivos sobre os proprietários públicos e privados de bancos de dados, tem exercido um eficaz papel persuasivo, bastando dizer que 80% das suas recomendações têm sido voluntariamente atendidas pela Administração. Jacqueline Morand-Deville assinala que “estas recomendações são consideradas como uma quase ‘jurisprudência’ com grande valor pedagógico, o que corresponde à própria missão da CADA, que é de convencer e não de obrigar” (1996, p. 116).

Uma característica peculiar das autoridades administrativas independentes francesas é que, ao contrário de muitos países, tais como o próprio Brasil, não se limitam à regulação de setores econômicos ou de serviços públicos delegados a particulares, abrangendo também funções de proteção de direitos fundamentais e de proteção dos cidadãos frente à Administração Pública, não sendo, portanto, no seu conjunto, vinculadas exclusivamente à desestatização e à liberalização de setores da economia.

A relação das autoridades administrativas qualificáveis como independentes varia bastante de autor para autor, todos destacando, no entanto, a sua heterogeneidade.

Michel Gentot (1994, p. 100-148), que adota um conceito amplo para as autoridades administrativas independentes, exclui, malgrado opiniões divergentes, o *Comité Consultatif National d'Étique pour les Sciences de la Vie et de la Santé* (Decreto de 23 de janeiro de 1983) e o *Banque de France* (Reforma das Leis de 4 de agosto e de 31 de dezembro de 1993) por possuírem personalidade jurídica²¹; o *Conseil des Bourses de Valeurs*, já que, além de possuir personalidade jurídica, tem natureza corporativa; o *Conseil du Marché à Terme*, por ser composto apenas pelos profissionais do setor; o *Conseil de la Réglementation Bancaire*, por ser presidido pelo Ministro das Finanças, não sendo, portanto, independente; e a *Commission Nationale de Contrôle des Campagnes Électorales*, por funcionar apenas nos períodos das eleições presidenciais – não tendo um caráter permanente, não podendo ser considerada uma “instituição”.

Partindo da classificação constante da obra de Michel Gentot (1994, p. 99-100) acrescidas da enumeração mais recentemente elaborada por René Chapus (1999, p. 215-217), podemos dividir as autoridades administrativas independentes francesas nos seguintes grupos:

1) Autoridades Administrativas Independentes de Regulação de Atividades Econômicas e Financeiras: *Commission des Opérations de Bourse – COB*, dirigidas, a exemplo das demais autoridades administrativas independentes, por um órgão colegiado composto por membros designados pelo Conselho de Ministros, pelo Conselho de Estado, pela Corte de Cassação, pelo Tribunal de Contas, pelo Banco da França e pelos profissionais do setor (Lei de 2 de agosto de 1989); *Conseil de Discipline des Organismes de Placement Collection em Valeurs Mobilières – OPCVM* (Lei de 2 de agosto de 1989); *Commission Bancaire* (Lei 24 de janeiro de 1984), integrante da Estrutura do *Banque de France*²²; *Commission de Contrôle des Assurances* (Lei de 31 de dezembro de 1989), criada em virtude da abertura do mercado francês de se-

guros; *Conseil de la Concurrence* (Decretos de 29 de dezembro de 1986 e de 2 de maio de 1988), incumbido da manutenção das regras do livre mercado e do controle das concentrações do poder econômico, exercendo fortes poderes sancionatórios por meio do colegiado que o dirige, composto de 16 membros, sendo que sete deles advêm do Conselho de Estado, da Corte de Contas e da Corte de Cassação; a *Commission des Clauses Abusives* (Lei de 10 de janeiro de 1978) e a *Commission de la Sécurité des Consommateurs* (Lei 21 de 1983), que, desprovidas de poderes coercitivos, são destinadas à proteção dos direitos dos consumidores; *Médiateur du Cinéma* (Lei de 29 de julho de 1982), que, sem poderes de decisão, vela pela manutenção da livre concorrência na indústria cinematográfica; *Autorité de Régulation des Télécommunications* (Lei de 26 de julho de 1996), dotada de poderes regulamentares e sancionatórios.

2) Autoridades Administrativas Independentes de Regulação da Informação e da Comunicação: *Conseil Supérieur de l'Audivisuel – CSA* (Lei de 17 de janeiro de 1989), composto de membros indicados pelo Presidente da República, pelo Senado e pela Assembléia Nacional, e dotado de poderes autorizatórios e sancionatórios sobre o setor televisivo e radiofônico, anteriormente monopolizados pelo Estado²³; *Conseil Supérieur de l'Agence France-Presse* (Lei de 10 de janeiro de 1957); *Commission Paritaire des Publications et des Agences de Presse*, criada por Decreto de 1950, destinada a proteger os benefícios e imunidades fiscais dos órgãos de imprensa; *Commission des Sondages* (Lei de 19 de julho de 1977), encarregada da deontologia dos institutos de pesquisa; *Commission Nationale des Comptes et des Financements Politiques*, criada em janeiro de 1990.

3) Autoridades Administrativas Independentes de Proteção contra a Administração Pública: *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés – CNIL* (Lei de 6 de janeiro de 1978), que controla as aplicações da informática às informações pesso-

ais; *Commission d'Accès aux Documents Administratifs – CADA* (Lei de 17 de julho de 1978), que vela pelo direito de acesso aos documentos e dados pessoais e que possui alguns pontos de conflitos de competência com a *CNIL; Médiateur de la République* (Leis de 3 de janeiro de 1973 e de 13 de janeiro de 1989), semelhante a um *ombudsman*, desprovido de poderes decisórios; *Commission des Infractions Fiscales* (Lei de 29 de setembro de 1977), que tem como principal escopo assegurar os contribuintes contra os abusos da persecução penal em matéria tributária.

4) Autoridades Administrativas Independentes de Avaliação da Administração Pública: *Comité National d'Évaluation des Établissements Publics à Caractère Scientifique, Culturel et Professionnel* (Lei de 22 de janeiro de 1990), em cujo colegiado participam diversos representantes das universidades.

Podemos constatar que, segundo essa enumeração, nem todas as autoridades administrativas independentes francesas podem ser incluídas no conceito de autoridades reguladoras, o que pressupõe a elaboração de regras e/ou aplicação de sanções incidentes sobre setores não integrantes do próprio Estado. Assim, poderíamos dizer que o conceito das nossas agências reguladoras independentes está contido no conceito de autoridades administrativas independentes francesas.

Podemos constatar também que, diversamente das nossas agências reguladoras, o Poder Executivo não é o único órgão a indicar os membros dos seus respectivos colegiados, o que não seria admissível no nosso sistema presidencialista.

Todavia, algumas das orientações jurisprudenciais concernentes às autoridades administrativas independentes francesas podem ser de grande valia para a avaliação de questões que também surgiram entre nós.

Uma das mais relevantes diz respeito à subtração desses organismos à linha hierárquica da Administração central, vez que a Constituição da França, a exemplo, da nossa, atribui ao Governo a determinação

da política nacional e da Administração Pública (art. 20), ao passo que os dirigentes das autoridades administrativas independentes são nomeados em caráter irrevogável por determinado prazo de tempo.

O Conselho de Estado, em seus estudos, ou seja, não em sede jurisdicional, primeiramente afirmou que “se integram sem dificuldade no sistema político e administrativo francês”, e posteriormente recuou ao ressaltar que “as autoridades administrativas independentes constituem uma categoria não prevista pela Constituição, e dificilmente conciliável com o equilíbrio de poderes por ela estabelecido” (apud HERRERO, 2000, p. 190).

Apesar de o Conselho Constitucional nunca haver tratado da questão especificamente, ao julgar matérias concernentes às autoridades administrativas independentes, jamais inquinou a sua constitucionalidade, afirmando que a direção da Administração central pode ser satisfeita pela possibilidade de desencadeamento dos controles jurisdicionais de legalidade. Já atestou, por outro lado, a possibilidade de o Legislador extinguir uma autoridade administrativa independente no curso do mandato dos seus dirigentes (HERRERO, 2000, p. 191).

A questão da confusão e acumulação nas autoridades administrativas independentes de poderes de diversa natureza também aflige a doutrina e a jurisprudência francesa. Nicole Decoopman afirma que, “de um ponto de vista funcional, a confusão de poderes geralmente caracteriza as autoridades administrativas independentes. Mesmo considerando que a leitura clássica da separação de poderes deve ser matizada, as autoridades administrativas independentes oferecem exemplos tópicos de instâncias que dispõem de poderes os mais variados e que são constantemente fortalecidos” (1998, p. 251).

Quanto aos robustos poderes regulamentares dos quais a maioria dessas autoridades é dotada, o Conselho Constitucional os admitiu, mas, semelhantemente à doutrina

norte-americana dos *inteligible principles*, exige que a lei estabeleça critérios e princípios retóricos determinados para o seu desenvolvimento (HERRERO, 2000, p. 192-193), ressaltando ainda que a determinação das políticas públicas a serem implementadas deve ficar a cargo do Governo, ou seja, da Administração central (p. 191-192), que pode, inclusive, editar regulamentos na área de competência da autoridade independente (GUÉDON, 1991, p. 44).

Como denota Jacques Chevallier, as autoridades administrativas independentes foram aclimatadas ao arcabouço constitucional francês “graças a um trabalho de interpretação, notadamente jurisprudencial, objetivando aparar as arestas de algumas de suas particularidades e a suavizar algumas das suas asperezas, a fim de que fossem compatibilizadas com a arquitetura institucional” (CHEVALLIER, 1998, p. 41).

5. Espanha

O surgimento de entidades de regulação dotadas de grande autonomia em relação à Administração Pública central também vem, desde 1980, desafiando a doutrina e jurisprudência espanholas, que destacam a inspiração norte-americana do modelo (RAMÓN, 1994, p. 576), sem esquecer das marcantes influências francesas e germânicas²⁴.

A Espanha sempre contou com entidades dotadas de personalidade jurídica instituídas pelo Estado, que em seu conjunto são denominadas Administração Instrumental, termo equivalente à nossa Administração Indireta.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1999, p. 420), após destacar a “artificiosidade da personificação” das entidades instrumentais, que se mantêm sob a direção e controle da Administração Central, que tem sempre a possibilidade de recuperar a direção eventualmente perdida mediante a substituição dos seus dirigentes, afirmam que desse quadro geral escapam algumas entidades recentemente

criadas que representam uma “vontade consciente de limitar a, de outra forma, incondicionada disponibilidade das mesmas – e das funções a elas confiadas – por parte do Governo que estiver no poder, ou seja, uma vontade de ‘neutralizar’ politicamente a sua gestão, afastando-a, na medida do possível, dos conflitos partidários”.

Com isso se pretende que “certas funções de regulação e ordenação da vida social, econômica ou cultural, ainda quando estejam materialmente integradas no Executivo, sejam, de forma estável e permanente, subtraídas pelo Legislador da influência indiscriminada das maiorias políticas” (ORTIZ, 1994, p. 62).

As autoridades administrativas independentes espanholas foram criadas como pessoas jurídicas de direito público, apesar de haver setores da doutrina que sustentam que a personificação jurídica não é um dado essencial do seu conceito, uma vez que podem existir órgãos despersonalizados aos que se atribuem as mesmas prerrogativas de autonomia²⁵.

A doutrina espanhola é tranqüila em criticar a adoção do termo “independente”, afirmando que o que ele quer expressar é, outrossim, uma autonomia real ou reforçada em relação à que gozam as entidades da administração instrumental (indireta) em geral.

Referindo-se às autoridades administrativas independentes, Elisenda Malaret observa que,

“apesar de a atribuição de personalidade jurídica implicar sempre reconhecimento de um certo grau de autonomia, na hipótese agora considerada a autonomia não é tanto a consequência, mas uma das condições que garantem a efetividade do cumprimento da tarefa atribuída. Evidentemente, sempre que a personificação seja acompanhada dos correspondentes recursos pessoais e financeiros e que o reconhecimento de poderes e a respectiva atribuição de competênci-

as configure um âmbito de livre configuração sem a adoção de mecanismos administrativos de controle ou de tutela” (MARALET).

Essa independência deve ser assegurada tanto do ponto de vista orgânico – garantias de incolumidade aos seus dirigentes – como funcional – proteção das suas decisões contra os juízos políticos do Governo –, sem o que a entidade não poderá ser caracterizada como uma autoridade administrativa independente.

Nesta senda, é mencionada a existência de uma série de medidas e garantias de neutralidade desses organismos, qualificadas de “*garantias de caráter orgânico* – entre as quais se inclui: a) a existência de um pluralismo nas instâncias de nomeação dos seus órgãos dirigentes; b) a inclusão de requisitos que suponham a despolitização dos dirigentes a serem nomeados; c) a tomada de decisões por órgãos colegiados; d) estabelecimento de prazo para o mandato dos dirigentes superior ao da legislatura; e) estabelecimento de causas taxativas que possam permitir a exoneração dos dirigentes – e de *garantias de caráter funcional* – entre as quais se cita: a) a independência frente as decisões do Governo; b) a inexistência de faculdades de direção típicas de uma relação hierárquica; e c) a inexistência de recurso ao Governo contra as decisões do organismo” [grifo nosso] (NAVAJAS REBOLLAR, 2000, p. 145-146).

Mais uma vez podemos verificar a semelhança com que as questões constitucionais se colocam nos diversos países em relação a essas autoridades ou agências independentes.

Com efeito, também em Espanha as maiores dúvidas quanto à sua constitucionalidade dizem respeito ao art. 97 da Constituição Espanhola, que atribui ao Governo a direção de toda a Administração Pública, colocando-se ainda dúvidas

quanto à possibilidade de exercerem poderes regulamentares.

Em favor da constitucionalidade das autoridades administrativas independentes, muitos setores doutrinários invocam o princípio da imparcialidade da Administração Pública (art. 103, Constituição de Espanha).

Todavia, José Ramón Parada Vázquez afirma, minoritariamente, que,

“além do desrespeito ao poder de direção do Governo sobre toda a Administração, há outra razão para descartar no constitucionalismo espanhol a técnica das administrações independentes: a Constituição espanhola obriga todas as Administrações a servir com ‘objetividade’ (...). Não cabe, por isso, que umas administrações sejam mais objetivas e neutras que outras em razão das funções por elas desempenhadas. (...) Ademais, admitir que determinadas funções ou serviços públicos exigem garantias especiais contra o Governo significa aceitar que a regra é a do desrespeito da objetividade e da imparcialidade, o que seria constitucionalmente inaceitável” (1994, P. 688-669).

A doutrina amplamente majoritária, contudo, afirma que as administrações independentes são compatíveis com o poder de direção do governo, já que a Constituição preceitua que este deve ser exercido na forma da lei, o que faz com que esta possa modelá-lo com maior ou menor intensidade,

“não se rompendo, em todo caso, os laços com o Governo e o Parlamento, o que seria inconstitucional, mas seria sim um simples reforço da autonomia de gestão para melhor implementação de valores albergados pela Constituição (pluralismo informativo, direito à intimidade, estabilidade econômica...), valores que poderão ser melhor protegidos e satisfeitos se a sua gestão for colocada a salvo das lutas partidárias.

Apenas nestes casos, isto é, quando a ‘neutralização’ inerente à ‘separação’ ou ‘independentização’ características desta figura seja exigida pela realidade, seja avalizada por um consenso social e se apóie em algum valor constitucional relevante, para cuja melhor implementação a reclame, poderá ser considerada constitucionalmente legítima a criação destas entidades de autonomia reforçada, autonomia que, de qualquer maneira, não poderá se traduzir em uma ruptura total dos vínculos de união com o Governo e o Parlamento. Tampouco, naturalmente, não poderá jamais levar à exclusão do controle jurisdicional sobre as suas decisões” (GARCÍA ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1999, p. 423).

Quanto ao geralmente amplo poder regulamentar atribuído às autoridades administrativas independentes, devemos fazer uma distinção. Há questões que tradicionalmente sempre são postas quanto à amplitude do poder regulamentar da Administração Pública, inclusive das entidades da Administração Pública Instrumental. Todavia, deparamo-nos também com questões específicas relacionadas à atribuição de poder regulamentar às entidades administrativas independentes, não subordinadas ao Governo, desvestidas, portanto, ainda que indiretamente, da legitimidade democrática da qual este é investido e que normalmente é exercida por meio da livre exoneração dos dirigentes das entidades da administração instrumental – cuja inadmissibilidade (da livre exoneração) é a principal nota caracterizadora das autoridades administrativas independentes.

O Tribunal Constitucional espanhol, consolidando a posição inicialmente adotada na STC 135/92, decidiu na STC 133/97 serem constitucionais as atribuições de poder regulamentar às autoridades administrativas independentes, desde que haja habilitação legal específica (MAGIDE HERERO, 2000, p. 435-450).

Analisando a questão de forma semelhante à orientação do Conselho Constitucional Francês vista no item anterior, Luciano Parejo Alfonso afirma que “é imprescindível que a atribuição às autoridades administrativas independentes de um poder normativo seja objeto de uma habilitação legal (formal) expressa e determinada (no sentido de delimitadora do âmbito, caráter e alcance do respectivo poder normativo). As autoridades independentes são, pois, ordenamentos apoiados em outro ordenamento, possuindo, portanto, natureza derivada” (1994, P. 651).

Devemos observar que as autoridades administrativas independentes não são um fenômeno homogêneo, havendo, ao revés, grandes disparidades entre elas em função dos distintos graus de “autonomia reforçada” que lhes é assegurada, o que inclusive leva a um sem-número de divergências doutrinárias quanto à inclusão desta ou daquela entidade na categoria.

A exemplo da França, as autoridades administrativas independentes espanholas não se limitam à seara econômica, incidindo também sobre a seara dos direitos fundamentais.

Existem posições mais amplas, que incluem na categoria entidades sem funções regulatórias, mas cuja autonomia é constitucionalmente assegurada, como as universidades (GARCÍA ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1999, p. 421-422); e mais restritivas, que contemplam apenas as entidades reguladoras que possuem um grau bastante elevado de autonomia.

Podemos adotar, não sem algumas críticas, a posição intermediária de Miguel Navajas Rebollar (2000, p. 151-160), para quem a Espanha teria as seguintes autoridades administrativas independentes:

1) *Banco de Espanha*, que, na forma das Leis nº 13/94 e 12/98, vem gozando de uma crescente autonomia, mormente em função das diretivas européias concernentes ao sistema financeiro; 2) *Comisión Nacional del Mercado de Valores*, criada pela Lei nº 24/98,

dotada de um amplo poder regulamentar; 3) *Consejo de Seguridad Nuclear*, criada pela Lei nº 15/80, é considerada a primeira autoridade administrativa independente espanhola²⁶; 4) *Agencia de Protección de Datos*, atualmente disciplinada pela Lei nº 15/99; 5) *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, cujos poderes normativos, apesar de não serem explícitos, foram sendo afirmados pela doutrina (SALA ARQUER, 2000, p. 70-75); 6) *Comisión Nacional de Energía*, criada pela Lei nº 34/98 para regular o setor de hidrocarburetos – a indústria petrolífera em geral –, sendo asseguradas aos seus dirigentes amplas garantias funcionais; 7) *Ente Público Radio Television Española*, objeto da Lei nº 4/80, que por muitos não é considerado uma autoridade administrativa independente por não ser um ente regulador, mas sim prestador de serviços de radiodifusão.

A maioria da doutrina não considera a *Comisión del Sistema Eléctrico Nacional* uma autoridade administrativa independente, vez que o Governo pode revogar ou suspender as suas decisões tanto nos aspectos de legalidade como de conveniência e oportunidade²⁷.

Vemos assim que as autoridades administrativas espanholas – nem sempre reguladoras (p. ex., *Ente Público Radio Television Española*) –, apesar de serem em número bem mais reduzido que as francesas, incidem sobre várias áreas sensíveis do ponto de vista dos valores tutelados constitucionalmente, o que justifica o reforço da autonomia orgânica e funcional, inclusive normativa, a elas assegurado.

6. Itália

A Itália vem acompanhando o movimento europeu de criação de autoridades administrativas independentes, sendo sempre destacada a relevância que o instituto adquiriu após a desestatização de uma série de serviços até então prestados diretamente pelo Estado, não olvidado, contudo, o relevante papel que desempenham também na tutela de direitos fundamentais²⁸.

A importância do estudo das autoridades administrativas independentes da Itália se deve em grande parte ao fato de a doutrina desse país ser uma das mais ricas e criativas na matéria, razão pela qual não podemos dela prescindir, vez que nos pode nos fornecer elementos essenciais para o esclarecimento de algumas das nossas perplexidades com as agências reguladoras independentes brasileiras.

A riqueza da doutrina italiana faz com que haja uma enorme quantidade de correntes acerca das entidades administrativas independentes. Uma primeira e grande diferença de perspectiva é dada por aqueles que a vêem como um quarto poder e aqueles que a integram entre as funções administrativas²⁹.

Afirmam os primeiros, partindo do pressuposto de que as autoridades independentes exercem parte dos poderes normativos ordinariamente exercitáveis pelo Parlamento e restringem as competências do Governo, que “tornou-se impossível a inclusão das autoridades em questão ao âmbito de qualquer um dos tradicionais poderes do Estado” (FRANCHINI, 2000, p. 281-282).

A tese foi, no entanto, refutada pela Corte Constitucional Italiana. Em uma dessas decisões, asseverou que “a independência da Autoridade deve ser vista não como uma separação do ordenamento geral, mas, em outros termos, como ‘a expressão de uma profunda transformação das concepções relativas à intervenção do Estado na economia, imposta pela necessidade de determinadas atividades econômicas se desenvolverem sob o controle de autoridades imparciais, em posição de equidistância em relação aos interesses públicos e privados em jogo’”³⁰.

Claudio Franchini, bem ao estilo da teorização e profundidade características da doutrina italiana, vê

“na base da difusão deste novo modelo organizativo um fenômeno particular: aquele da dissociação entre a alocação formal do poder e o efetivo exercício que se verifica por razões políticas, econômicas ou burocráticas.

Com efeito, geralmente as decisões, em vez de derivarem livremente dos seus atores formais, são expressões de uma série de elementos que se produzem em diversos níveis e condicionam de fato, às vezes de maneira definitiva, a decisão final: é notório que, frequentemente, numerosos sujeitos – dos partidos aos sindicatos, dos grupos de pressão à burocracia, das grandes empresas às instituições financeiras – influem as decisões do Estado: em consequência, se verifica que nem sempre a sede formal do poder coincide com aquela do seu real exercício^{31,32}.

Conclui o jurista italiano afirmando que contra as ingerências ilegítimas sobre os processos decisórios da Administração Pública, notadamente naqueles setores socialmente sensíveis, demandou-se a instituição de entidades que “exercessem as suas funções sem condicionamentos ou interferências de quem quer que seja, públicos ou privados” (FRANCHINI, 2000, p. 279).

Comparando as autoridades administrativas independentes com os outros entes instrumentais do Estado (equivalentes às nossas entidades da Administração Indireta), que acabaram vinculados à Administração central de forma quase absoluta, Vincenzo Cerulli Irelli afirma que “fenômeno diverso é aquele mais recente das autoridades administrativas independentes, dotadas ou não de personalidade jurídica, instituídas por lei para disciplinar setores da administração em sentido substancial, segundo modelos organizativos e funcionais de todo desvinculados de quaisquer relações com a organização ministerial” (1997, p. 230).

É destacada a heterogeneidade das autoridades administrativas italianas, havendo ainda, como não poderia deixar de ser, divergências quanto a enumeração das entidades que integram o seu rol.

Pensamos poder adotar a enumeração elaborada por Filippo ROMANO (2000, p. 25-43) que possui a completude necessária para expressar a importância des-

sas entidades no Direito Público Italiano. Vejamo-la³³:

1) *Difensore Civico Regionale, Difensore Civico Comunale e Difensore Civico Provinciale*: equivalente ao *ombudsman* escandinavo, é um órgão monocrático incumbido de proteger os direitos dos cidadãos perante as administrações regionais, atuando de maneira precipuamente informal e preventiva de conflitos. É disciplinado pelas Leis de cada região (por exemplo, a Lei reg. Lazio 17/80), que, naturalmente, dão diversos contornos aos seus respectivos *Difensori Civici*.

2) *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (o *Antitrust*): criada pela Lei nº 287/90 para proteger o livre mercado e a concorrência, é dirigida por um colegiado cujos membros são nomeados por determinação em comum acordo dos Presidentes das Câmaras entre integrantes das categorias profissionais enumeradas na lei (magistrados, professores universitários etc.). Com exceção do seu Secretário-Geral, que é nomeado pelo Ministro da Indústria, o Poder Executivo não tem qualquer outra ingerência sobre a autoridade independente em questão.

3) *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas*: criada pela Lei nº 481/95, compõe, juntamente com a *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, o grupo das autoridades independentes reguladoras de serviços públicos, cuja criação adveio da desestatização dos respectivos setores. Os *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas* são nomeados pelo Presidente da República para um prazo de sete anos sem recondução, após prévia deliberação do Conselho de Ministros e a aprovação da Comissão Parlamentar do setor.

Um ponto interessante da *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas* e que pode trazer uma contribuição para o legislador brasileiro é o sistema de incompatibilidades, a quarentena imposta pela lei aos seus dirigentes. Por um prazo de quatro anos, nem os ex-dirigentes ou seus parentes próximos podem ter qualquer espécie de relação com as empresas do setor regulado, sendo que, em caso de inobservância da quarentena,

tanto o ex-dirigente como a empresa que o contratou devem sofrer sanções pecuniárias.

4) *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*: possui os mesmos traços da *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas*, sendo disciplinada pela mesma Lei nº 481/95 e pela Lei nº 249/97. O seu Presidente é nomeado pelo Presidente da República por proposta do Ministro das Telecomunicações. Os seus demais membros dirigentes são escolhidos pelo Parlamento. A ela compete a regulação dos serviços de telecomunicação e da imprensa em geral.

5) *Garanti dei dati Personali* (Lei nº 31/96): o *Garanti dei dati Personali* é um órgão colegiado, composto de quatro membros, dois deles eleitos pela Câmara dos Deputados e dois pelo Senado da República, e, na forma disposta na própria lei institutiva, atua com plena autonomia e independência.

O ente tem como função disciplinar o tratamento dos bancos de dados pessoais, especialmente aqueles informatizados, ditando as normas para a sua instituição, coibindo abusos, emitindo autorizações para instituição de bancos cujos dados sejam considerados sensíveis, fomentar a auto-regulamentação dos operadores de bancos de dados etc.

6) *Comissione di Garanzia per l'Attuazione della Legge sull'Esercizio del Diritto di Sciopero* (Lei nº 146/90): a Comissão possui nove membros nomeados pelo Presidente da República por designação do Parlamento de especialistas em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e relações industriais. A sua função é atuar na composição e solução de conflitos coletivos de trabalho, inclusive nos que envolvam o exercício do direito de greve.

7) *Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici* (Lei nº 109/94): demonstrando a heterogeneidade das razões que levam à instituição de autoridades independentes na Itália, à *Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici* é atribuída a função de zelar pelo escorreito andamento das obras públicas. É composta de cinco membros nomeados conjuntamente pelos Presidentes da Câmara e do Senado.

8) *Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione* (D. L. 39/93): composta de cinco membros nomeados após deliberação do Conselho de Ministros, é encarregada da coordenação e planejamento das iniciativas e investimentos estatais em informática, inclusive sobre as aquisições governamentais no setor. Atua com autonomia técnica e funcional e independência decisória.

9) *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* – CONSOB (Lei nº 281/85): é uma das poucas autoridades administrativas independentes italianas dotadas de personalidade jurídica, composta de quatro membros nomeados pelo Presidente da República após deliberação do Conselho de Ministros. É incumbida da regulação do mercado de valores mobiliários, sendo dotada inclusive de elevado poder regulamentar sobre os agentes do setor.

10) *Istituto Superiore per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private* – ISVAP (Lei nº 576/82): também é dotado de personalidade jurídica, sendo o seu Presidente nomeado pelo Presidente da República após deliberação do Conselho de Ministros por proposta do Ministro da Indústria. Regula o mercado de seguros, velando pela sua eficiência, estabilidade e solvabilidade. É, contudo, sujeito à tutela do Ministério da Indústria.

A enumeração elaborada é oriunda de uma concepção abrangente das autoridades administrativas independentes. Há autores que, a exemplo de Vincenzo Cerulli Irelli (1997, p. 233), entendem que qualquer vínculo com a Administração Pública desnatura a sua independência. Para esses autores, seriam autoridades administrativas independentes apenas aquelas em cuja nomeação dos membros a Administração Pública ou o Governo sequer participassem, com o que guardariam uma posição bastante semelhante à do Conselho de Estado e da Corte de Contas.

É isso que leva muitos autores a sustentarem a existência de autoridades administrativas semi-independentes, correspondentes àquelas em que, malgrado a existência

de mandatos irrevogáveis *ad nutum*, os seus dirigentes são nomeados pelo Governo ou as suas funções se submetem a qualquer espécie de controle ministerial (AMATO, 1997, p. 645-664).

Outros autores, outrossim, afirmam que a nomeação pelo Parlamento não deve ser colocada como condição da caracterização como autoridade independente, vez que pode, tanto quanto a nomeação feita pelo Governo, estar imbuída de critérios políticos. Essa posição dá relevo, outrossim, aos requisitos de nomeação e à autonomia orgânica e funcional da qual os entes enumerados são dotados³⁴ (ROMANO, 2000, p. 40).

Algumas das discussões mais candentes na Itália, até mesmo pela amplitude do fenômeno das suas autoridades independentes, que, como visto, diversamente do que se dá entre nós, abrangem entes cujos dirigentes são nomeados diretamente pelo Poder Legislativo, não possuindo qualquer vínculo com a Administração Pública, dizem respeito à sua constitucionalidade frente ao seu sistema parlamentar de responsabilidade do Governo pelos órgãos e entes administrativos.

Como justificativa para essa certa exceção ao seu sistema parlamentar, os argumentos são vários, fulcrando-se principalmente no princípio da imparcialidade da Administração Pública (art. 97, Constituição Italiana) (MASSERA, 1988, p. 453) ou na necessidade de especial tutela de valores constitucionais de maior sensibilidade, seja a livre concorrência, o direito à intimidade dos dados pessoais etc (LONGO, 1996 p. 14-15).

7. Argentina

O estudo dos entes reguladores argentinos é relevante tendo em vista a raiz comum que Argentina e Brasil possuem na matéria. De fato, lá, como aqui, o surgimento de entidades reguladoras dotadas de um especial perfil institucional se iniciou com o processo de desestatização a partir de 1989 (BIANCHI, 2001, p. 201) concentrando-se nos setores pri-

vatzados³⁵, não abrangendo, ao contrário da experiência européia, entes de garantia de direitos fundamentais, também não possuindo a acentuada heterogeneidade institucional que se verifica nos países europeus, com o que se reduzem consideravelmente as discussões que a respeito deles surgem.

A exemplo das nossas agências reguladoras, os chamados “entes reguladores” argentinos “possuem a condição jurídica própria das entidades autárquicas, tratando-se de descentralizações jurídicas do Estado, de cuja natureza pública participam, pertencendo, na realidade, à sua organização administrativa, apesar de possuírem personalidade jurídica diferenciada” (CAS-SAGNE, 1994, p. 152).

Existe, todavia, uma diferença fundamental dos entes reguladores argentinos em relação às agências reguladoras brasileiras. As nossas agências reguladoras, apesar de não possuírem alguns traços atípicos das autoridades administrativas independentes européias, são dotadas de uma especial autonomia frente à Administração central do Estado, consistente principalmente na vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes e sujeição a uma supervisão ministerial bastante atenuada. Já os entes reguladores argentinos, malgrado possuírem alguns traços institucionais especiais, mormente quanto aos requisitos técnicos dos seus dirigentes, não se revestem de garantias funcionais para os seus dirigentes ou de proteções da sua esfera competencial em face da supervisão ministerial.

O fundamento constitucional específico dos entes reguladores da Argentina está no terceiro parágrafo do art. 42 da sua Constituição, que dispõe: “*La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*”.

Agustín GORDILLO (2000, p. VII18-VII20), certamente um dos maiores adminis-

trativistas da América Latina, lamenta, todavia, a distância existente entre o preceituado no dispositivo constitucional e as leis instituidoras dos entes reguladores, o que faz com que na prática sejam comuns, por exemplo, os *recursos dealzada* (correspondentes aos nossos recursos hierárquicos impróprios), julgados pelos Ministros de Estado contra atos praticados pelos entes reguladores³⁶.

O autor portenho enumera de maneira não exaustiva como entes reguladores o *Ente Nacional Regulador de la Electricidad* – ENRE (Lei nº 24.065), *Ente Nacional Regulador Del Gas* – ENERGAS (Lei nº 24.076), *Comisión Nacional de Comunicaciones* – CNC (Decreto nº 660/96), *Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios* – ETOSS (Lei nº 23.696), *Comisión Nacional de Correos y Telégrafos* – CNTC, *Comisión Nacional de regulación del Transporte* (Decreto nº 660/96), *Organo de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires* – OCRABA (Decreto nº 1994/93), *Ente Nacional Regulador Nuclear* (Decreto nº 1504/94), *Comisión Nacional de Valores* (Decreto-Lei nº 17.811), *Superintendencia de Seguros de la Nación* (Lei nº 20.091), *Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones* (Lei nº 24.241), *Comisión Nacional de Comercio Exterior* (Decreto nº 766/94), etc (GORDILLO, 1998, p. XV2-XV3).

Da enumeração podemos constatar que muitos dos entes reguladores foram criados por Decreto do Poder Executivo, o que, além das indagações quanto à sua inconstitucionalidade³⁷, deixa fora de dúvidas a sua parca ou nenhuma autonomia, uma vez que, pelo Princípio do Paralelismo das Formas, podem ser extintos a qualquer momento por ato (Decreto) do Poder Executivo.

Quanto à inamovibilidade, elemento essencial para a eventual caracterização como entes “independentes”, a disciplina legislativa é bastante díspare, mas, em geral, se pode afirmar que os integrantes dos seus colegiados diretores são exoneráveis *ad nutum*. Apenas os dirigentes da *Comisión Nacional de Comunicaciones* – CNC podem ser

exonerados por descumprimento de suas funções³⁸. Em relação aos dirigentes do *Ente Nacional Regulador de la Electricidad* – ENRE e do *Ente Nacional Regulador Del Gas* – ENER-GAS, a lei não estabelece condições para a exoneração, dispondo tão-somente que o Poder Executivo os exonerará por ato motivado previamente comunicado a uma comissão parlamentar bicameral³⁹.

Também na Argentina é reconhecida a multiplicidade de funções conferidas aos entes reguladores, sendo que especiais controvérsias despertam as suas amplas competências regulamentares, condicionadas, no entanto, aos *standards*⁴⁰ que devem ser previamente fixados pela lei formal regulamentada. Neste sentido, Daniel M. Nallar entende que seria “ilógico aceitar as competências do Legislador para criar entidades descentralizadas e ao mesmo tempo impor limites à atribuição de competências e faculdades a estas entidades por parte do Congresso” (1999, p. 90).

Podemos ver, portanto, que, se os entes reguladores argentinos são competencialmente bastante semelhantes às nossas agências reguladoras, dela se distinguem pela ausência de uma autonomia reforçada em relação às demais autarquias, o que é denotado pela possibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes da maior parte delas e de interposição do *recurso dealzada*.

8. Conclusões

O nosso objetivo foi o de abordar o fenômeno dos órgãos ou entidades independentes de regulação nos países cujo direito positivo, doutrina e jurisprudência podem fornecer maiores contribuições para destrinchar as questões que são colocadas às agências reguladoras brasileiras. Não nos propusemos a tratar do fenômeno em todos os países em que se verifica, a exemplo do Canadá⁴¹, Irlanda, Suíça, Suécia, Áustria, Alemanha⁴² e Portugal⁴³, ou a analisar a importância desses entes independentes para a estruturação da integração europeia⁴⁴.

Ao longo de cada Tópico, já chegamos a algumas conclusões parciais. No ponto a que chegamos, podemos, todavia, sintetizar alguns aspectos comuns aos países analisados: (a) a “independência” de que são dotados consiste na realidade em uma autonomia reforçada em relação ao aparato tradicional da Administração Direta e Indireta; (b) a restrição ao poder de exoneração dos dirigentes dos órgãos ou entidades independentes de regulação não compromete o poder de direção do Governo, sendo este compreendido nos termos das respectivas leis criadoras; (c) todos eles concentram poderes fiscalizatórios, sancionatórios, compõem conflitos e editam regulamentos; e (d) os amplos poderes regulamentares que geralmente possuem são admitidos desde que a lei fixe os *standards* em que deverão se desenvolver.

Constatamos, assim, que a maioria das questões hermenêuticas existentes em relação às nossas agências reguladoras independentes também foram suscitadas nos demais países em que esse modelo organizativo foi adotado, onde foram dadas soluções jurisprudenciais bastante semelhantes. É importante notar, inclusive, o importante papel que a jurisprudência teve em compatibilizar tais entes ao arcabouço constitucional de cada país, desmistificando algumas perplexidades iniciais da doutrina.

Tudo indica que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF está a trilhar a mesma senda, já tendo reconhecido a constitucionalidade do modelo de autonomia reforçada inerente às agências reguladoras⁴⁵, assim como a legitimidade da vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes enquanto vigente o prazo dos respectivos mandatos.

As restrições ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo, principal nota característica da sua “independência”, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949-0. A primeira em virtude de o art. 52, III, “f”, da Constituição Federal

admitir a prévia aprovação do Senado Federal na escolha de “titulares de outros cargos que a lei determinar”. Quanto à constitucionalidade da vedação da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras independentes, o Supremo entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante o prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente⁴⁶.

Notas

¹ Observe-se que o Direito inglês não elaborou a figura da personalidade jurídica de direito público, razão pela qual é despcienda a discussão acerca da personificação jurídica ou não das suas agências reguladoras.

² Alguns autores afirmam que a gênese da independência das Agências reguladoras está no espírito auto-regulatório e juridicamente pluralista das comunidades inglesas, reminiscência, talvez, das guildas medievais. As funções dessas pequenas auto-organizações sociais teriam-se tornado tão vultosas e complexas que se impôs a criação de um governo em miniatura, uma agência (cf. PROSSER, 1997, p. 34, 37).

³ Na área regulatória, os principais setores atingidos no primeiro momento, ainda nas dinastias Tudor e Stuart, foram o mercado exterior, a qualidade de produtos, emprego, agricultura e uso do solo. Na regulação das *public utilities*, merece destaque a criação da *Board of Trade*, criada pelo *The Electric Lighting Act* de 1882 (cf. PROSSER, 1997, p. 33, 37).

⁴ Ao contrário das *independent agencies* norte-americanas, geralmente não são criadas pelo Parlamento, mas por “cartas reais” ou decisões ministeriais (cf. Quermonne, 1991, p. 255).

⁵ Em sentido contrário, afirmando a grande semelhança dos *quangos* reguladores às Agências independentes americanas, ver, Howard Machin (1988, p. 250).

⁶ Howard Machin observa, contudo, que, após uma série de escândalos, tem-se novamente reafirmado a independência dessas autoridades.

⁷ É inegável o fato de que os EUA se abeberaram da tradicional organização policêntrica inglesa, o que certamente contribui para obstar a intensidade dos preconceitos contra as suas primeiras agências independentes (cf. PROSSER, 1997, p. 40 -).

⁸ Bernard Schwartz, (1950, p. 6 - 7). O objetivo das agências reguladoras não era o de limitar o Mercado, mas sim o de organizá-lo e racionalizá-lo, evitando inclusive a concorrência predatória e o desperdício de recursos, como ocorreria, por exemplo, se fossem construídas várias ferrovias no mesmo percurso.

⁹ Para uma classificação das agências no Direito Norte-Americano, ver Ángel Manuel Moreno Molina, (1995, p. 44 -), destaca inclusive a existência de agências independentes que não são reguladoras, mas meramente executivas (p. 64 - 65). Podemos observar inclusive que, na década de 70, proliferaram as agências encarregadas de prestar assistência social.

¹⁰ Citação feita por Peter Strauss em Conferência proferida no Seminário Internacional de Direito, realizado na Fundação Armando Álvares Penteado, São Paulo, em 2000.

¹¹ Vê-se, portanto, que a independência de grande parte das agências reguladoras norte-americanas não é total, sendo, inclusive, mais próprio falar-se em autonomia, que, por definição, sempre possui balizamentos.

¹² “Essa inversão marca a mudança de atitude do Tribunal face aos poderes do Executivo. Não se trata tanto de fixar os limites do poder do Executivo, mas de definir os limites do poder do Legislativo em relação ao âmbito do Poder Executivo, precisamente para resguardar o exercício coordenado da direção política que ao Presidente compete para zelar pela execução das leis. O Tribunal foi conclusivo: *“precisely because they exercise a substantial function in the administration and enforcement of public law, those agencies are to be numbered among the Departments”*” (RODRIGUEZ, 1994, p. 45 – os trechos em inglês constam do original).

¹³ O autor, citando Bernad Schwartz, destaca o paradoxo a que essa orientação pode levar, uma vez que pode representar a possibilidade de o Congresso impor limitações às exonerações dos dirigentes de quaisquer agências, ainda que sejam puramente executivas.

¹⁴ Eloísa Carbonell e José Luis Muga, (1996, p. 43 – 47). Essa disciplina, apesar de ter reduzido a liberdade das agências independentes na elaboração de “regulamentos de aplicação geral significativa”, não acarretou o fim da distinção entre elas e as agências desprovidas de independência, uma vez que aquelas continuam fora da linha hierárquica do Poder Executivo, que não pode ditar-lhes ordens diretamente, possuindo, como visto, influência apenas sobre alguns regulamentos, não pode exonerar *ad nutum* os seus dirigentes etc.

¹⁵ “A expressão apareceu pela primeira vez na Lei de 6 de janeiro de 1978 relativa à informática, arquivos e liberdades, a propósito da *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés* – CNIL (art.

8 da Lei). A atribuição de independência a organismos públicos não é totalmente nova (*Commission Centrale des Banques*, criada em 1941, posteriormente substituída). Mas foi a partir dos anos 70 que a doutrina começou a colocar na categoria das autoridades administrativas independentes organismos diversos, dotados, no entanto, de algumas características semelhantes”, (VAN LANG, 1999, p. 37).

¹⁶ Como demonstração de que a recente legislação brasileira das agências reguladoras se abebera, não apenas na experiência norte-americana, como também nas recentes construções legislativas e doutrinárias européias, cuja escola do Direito Administrativo integramos, é digno de nota o art. 9º da Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/97 – , que dispõe que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL “atuará como *autoridade administrativa independente*”. A mesma qualificação é utilizada pelo art. 1º, § 2º do Projeto de Lei de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência, atualmente submetido à consulta pública pela Casa Civil da Presidência da República. Todavia, tal como se dá entre nós, tal “independência” é relativizada, sendo identificada mais propriamente como uma “autonomia” mais efetiva, mais reforçada do que a dos demais organismos apenas nominalmente “autônomos” (cf. TEITGEN-COLLY, 1988, p. 50).

¹⁷ O Conselho de Estado, por exemplo, já decidiu que, mesmo sem possuírem personalidade jurídica, podem, em razão da sua autonomia, “acionar o Poder Judiciário sem terem que se fazerem representar por um Ministro” (CHAPUS, 1999, p. 218).

¹⁸ Valemo-nos aqui das lições de Jacqueline Morand-Deviller, (1996, p. 107).

¹⁹ Jean-Louis Quermonne (1991, p. 253). Ao nosso ver, essa afirmação deve ser matizada, uma vez que, ao tratarmos especificamente de algumas autoridades administrativas independentes, poderemos verificar mecanismos de tutela ou supervisão ministerial bastante fortes, podendo chegar, por exemplo, no caso extremo da *Commission des Operations de Bourse – COB*, à submissão de algumas das suas decisões à aprovação do Ministro (cf. CHAPUS, 1999, p. 218).

²⁰ Mariano Magide Herrero, (2000, p. 187-188). Para uma profícua exposição das duas posições ver Jean-Louis Quermonne, (1991, p. 259).

²¹ Já vimos que na França a ausência de personalidade jurídica é considerada requisito da qualificação dos organismos como autoridades administrativas independentes.

²² Para uma análise pormenorizada das relações entre o *Banque de France* e a *Commission Bancaire*, assim como das suas respectivas naturezas jurídicas, ver Mariano Magide Herrero, (2000, p. 193).

²³ O *Conseil Supérieur de l’Audivisuel* – CSA é o sucessor de uma série de organismos independen-

tes anteriores que, todavia, foram extintos, por terem sido colocados sob suspeita de parcialidade (MORAND-DEVILLER, 1996, p. 117).

²⁴ Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández, (1999, p. 420). Também merece nota o fato de as autoridades administrativas independentes não se sujeitarem à *Ley Orgánica de Funcionamiento de la Administración General del Estado*, a conhecida LOFAGE.

²⁵ Mariano Magide Herrero, (2000, p. 33-34). A autora destaca, inclusive, que na França todas as autoridades administrativas independentes são despersonalizadas.

²⁶ Por essa razão – foi criada quando as autoridades administrativas independentes ainda “não estavam na moda” – foram muito ricos os debates parlamentares que envolveram a sua instituição, sendo interessante observar, já que as autoridades ou agências independentes são muitas vezes indicadas como obra do neoliberalismo, que foi justamente a bancada comunista que mais lutou pela maior autonomia possível do *Consejo de Seguridad Nuclear* (cf. RODRIGUEZ, BETANCOR, (1994, p. 111 et seq.).

²⁷ Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández, (1999, p. 422). Em sentido contrário, parte da doutrina afirma que a *Comisión del Sistema Eléctrico Nacional* apenas se encontra em um nível inferior de autonomia reforçada, já que, de qualquer forma, foram conferidas garantias orgânicas aos seus dirigentes (cf. ALVAREZ GRACÍA; DUARTE MARTÍNEZ, 1997, p. 110). Ao nosso ver, como acima já mencionamos, a caracterização de determinada entidade como autoridade administrativa independente só pode se dar pela conjunção das garantias de autonomia orgânicas e funcionais. Como o Governo pode revogar ou anular livremente as suas decisões, não possui garantia funcional, elemento indispensável para que pudesse ser caracterizada como autoridade administrativa independente.

²⁸ Nesa passagem é bom lembrarmos que o modelo das autoridades administrativas independentes, adotado também pela Itália, é mais amplo do que o das nossas agências reguladoras independentes, que nele estariam contidas.

²⁹ Ao contrário do que se deu em nosso país, em que as agências reguladoras independentes foram desde logo denominadas autarquias, o que deixou claro o seu vínculo e integração à Administração, mesmo que com efetiva autonomia.

³⁰ C.d.S., Comm. Spec., parere 29-5-1998, nº 988/97.

³¹ Claudio Franchini, (2000, p. 278). Na mesma passagem, o autor observa, no entanto, que o fenômeno não é novo, que desde o início do século passado era advertida a necessidade de neutralização da Administração Pública. Esses problemas teri-

am sido, todavia, agravados, sublinha o autor, pela complexização das funções estatais nas esferas econômicas e sociais.

³² Alguns autores vêm a proliferação das autoridades independentes na Itália também como uma decorrência da desmoralização de uma Administração Pública envolvida por escândalos de corrupção e de ligações com a máfia (*verbi gratia*, ARCIDIACONO, Luigi. Governo, autorità indipendente e pubblica amministrazione. *Le Autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Milano Giuffrè: 1999. p. 72-78).

³³ Observamos que várias das entidades independentes enumeradas advêm da fusão ou da transformação de autoridades igualmente independentes já existentes anteriormente.

³⁴ Note-se que no Brasil a discussão é despiciente, uma vez que a natureza autárquica das agências reguladoras, com a conseqüente inclusão na Administração Indireta, e a necessidade de observância das políticas públicas traçadas pela Administração central deixam fora de dúvidas a sua integração ao Poder Executivo, ainda que dotadas de uma especial autonomia “reforçada” em comparação com as demais entidades da Administração Indireta.

³⁵ Para uma ampla exposição do processo de desestatização argentino, ver Chirillo, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y post privatización*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

³⁶ Note-se que Juan Carlos Cassagne chega a colocar a possibilidade de interposição de *recursos dealzada* como uma das características comuns que se extraem do regime jurídico dos diversos entes reguladores (cf. Cassagne, 1994, p. 152). Há, contudo, aqueles que sustentam que as suas decisões técnicas ou de natureza jurisdicional não estão sujeitas ao *recurso de alzada*, ao passo que outros entendem que os entes criados por Decreto, por estarem sujeitos ao *Reglamento de Procedimientos Administrativos* (RPA), submetem-se aos *recursos de alzada*, enquanto tal regulamento pode ser excepcionado para aqueles entes criados por lei. As correntes doutrinárias existentes a respeito são expostas por Alberto Bianchi, (2001, p. 254 –256).

³⁷ Atualmente a doutrina Argentina majoritária entende que as entidades autárquicas podem ser criadas pelo Poder Executivo, salvo quando a Constituição expressamente exigir lei para a sua criação. Para uma detalhada abordagem das controvérsias existentes na matéria, ver Bianchi, Alberto B., *La Regulación Económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, Tomo 1, pp. 227 a 237.

³⁸ Art. 18, Decreto nº 1.185/90.

³⁹ Fazendo uma construção sobre a letra da lei, Juan Carlos Cassagne, admitindo que a sua opi-

não é questionável, entende que tal “ato motivado não pode ser um ato totalmente discricionário e que, em todo caso, deverá invocar uma causa justa de exoneração relacionada com o descumprimento das obrigações e deveres do funcionário” (CASSAGNE, 1994, p. 163).

⁴⁰ Agustín Gordillo se refere aos “marcos estabelecidos pelas respectivas leis” (GORDILLO, 1998, p. XV-8).

⁴¹ Para um estudo das *régies* canadenses, ver Frank Moderne, *Les Modèles étrangers*, constante da obra coletiva *Les autorités administratives indépendantes*, coordenada por Claude-Albert Colliard e Gerard Timsit. (1988, p. 198-199).

⁴² Apesar da profundidade do Direito Público alemão, a figura nele adotada dos “âmbitos livres de direção ministerial” (*ministerialfreie räume*) é tão ampla que necessariamente nos levaria muito longe dos nossos objetivos, razão pela qual remetemos o leitor a Mariano Magide Herrero, (2000, p. 178-186), assim como para Giorgio Giraudi e Maria Stella Righettini, (2001, p. 124-134).

⁴³ Também Portugal adotou o modelo europeu das autoridades administrativas independentes, mas curiosamente a atenção a elas dispensada pela doutrina é bastante escassa, sendo que os principais manuais de Direito Administrativo, inclusive o célebre Curso de Diogo Freitas do Amaral, sequer lhes faz alusão. Uma das poucas referências doutrinárias pode ser encontrada em António Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, (1998, p.144-148).

⁴⁴ A neutralização de centros de poderes nacionais possibilita a sua integração em redes regulatórias comunitárias. O exemplo mais significativo nos é dado pela atribuição de independência aos Bancos Centrais dos países membros, cuja ação integrada com o Banco Central da Europa, também independente, possibilitou a instalação e funcionamento do sistema financeiro europeu. Ver a respeito Luciano Parejo Alfonso, (1994, p. 18). Giampiero Di Plinio afirma que “a difusão do modelo (das autoridades administrativas independentes) corresponde ao interesse preciso, vital para as instituições europeias, de criação de sistemas uniformes e comuns (e, portanto, técnicos e certos à luz da gestão do poder) de administração, de modo a facilitar os processos de aproximação dos sistemas jurídicos e de integração administrativa, e criar as bases para uma rede de novas instituições sobre as quais poderá se apoiar a constitucionalização da unidade europeia. (...) Se este processo não sofrer rupturas ou retrocessos, é provável que no futuro as autoridades independentes nacionais venham a ser formalizadas como instituições comunitárias descentralizadas, mas algumas delas já desenvolvem, de fato, este papel” (1998, p. 345-346). Digno de nota também é o art. 8º da Carta dos Direitos

Fundamentais da União Europeia que dispõe, para todos os países da UE, que o respeito aos direitos de proteção dos dados pessoais será fiscalizado “por uma autoridade independente”.

⁴⁵ ADIn nº 1.668-5.

⁴⁶ O entendimento minoritário considerou aplicável à espécie a Súmula nº 25, que dispõe: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia” (fonte: www.stf.gov.br). Note-se, contudo, que, apesar de não ser muito notado pela doutrina, a Súmula nº 25 nunca foi tomada em termos absolutos, tendo sido sempre excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme o que dispõe a Súmula nº 47: “Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura.”

Bibliografia

ALVAREZ GARCIA, Vicente; MARTINEZ, Rafael Duarte. *Administración pública y electricidad*. Madrid: Civitas, 1997.

AMATO, Giuliano. Autorità semi-independente ed autorità di garanzia. *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*. V. 3, p. 645-664, 1997.

BARENDT, Eric. *An introduction to constitutional law*. Oxford: Oxford University, 1998.

BENTACOR RODRÍGUEZ, Andres. *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos, 1994.

BIANCHI, Alberto B. *La Regulación económica*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Dipalma, 2001. t. 1.

CARBONEL, E.; MUGA J. Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en estados Unidos de America*. Madrid: Marcial, 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo. Perrot, 1994.

CASSESE, Sabino. L'è autorità independenti: origin storiche e problemi odierne. In: ; FRANCHINI, C. *Garanti delle regole*. Bolvna, 1996.

CATTANEO, Salvatore. Agencies e regulation nel Regno Unito. In: LABRIOLA, Silvano. *Le autorità independenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Milano: Giuffré, 1999.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 13. ed. [s. l.]: Montchrestien, 1999.

- DECOOPMAN, Nicole. Á porpos des autorités administratifs independantes et de la déréglementation. In: CLAM, J.; MARTÍN, G. *Lês tranformati- ons de la régulation juridique*. Paris: LGDJ, 1998.
- DI PLINIO, G. *Diritto publico dell'economia*. Milano: Giuffré, 1998.
- FRANCHINI, C. *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*: Giuffré, 2000.
- GARCÍA ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1.
- GENTOT, Michel. *Les autorités administratives inde- pendent*. 2. ed. [s. l.]: Montchrestien, 1994.
- GIRAUDI, G.; RIGHETTINI, M. Stella. *Le autorittá amministative independenti: dalla democrazia della rapprentanza allá demacrazia dell'eficienza*. Roma- Bari: Laterza, 2001.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho adminis- trativo*: Colombia: Fundación de derecho adminis- trativo, 1998.
- HERRERO, M. Magide. *Limites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2000.
- IRELLI, V. Cerulli. *Corso di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 1997.
- LAVILLA RUBIRA, J. José. La participación públi- ca en el procedimiento de elaboración de los regla- mentos en los Estados Unidos da América. Ma- drid: Civitas, 1991.
- LONGO, F. Ragione e modalità dell'istituizione delle autoritá indipendenti. In: CASSESE, S.; FRANCHI- NI, C. *Garanti delle regole*. Bologna: Mulino, 1996.
- MACHIN, H. L'experience britannique. In: CO- LLIARD, C.; TMSIT, G. *Les autorités administratives indépendantes*. París: PUF, 1988.
- MARALET, E. Comisión nacional del mercado de valores: una aproximación a su configuración insti- tucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*. CD-ROM.
- MASSERA, A. Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello stato. In: GIANNINI, M. Severo. *Scritti in onore*. Milano: Giuffré, 1988.
- MORAND-DEVILLER, J. *Cours de droit administra- tif*. Paris: Montchrestien, 1996.
- MOREIRA NETO, D. De Figueiredo. Consideracio- nes sobre la participación en el derecho comparado Brasil- España. *Revista de Administración Pública*, [s. n.], n. 152, maio/ago. 2000.
- NALLAR, D. M. *El Estado regulador y el Nuevo Mer- cado del servicio público*.
- NAVAJAS REBOLLAR, M. La nueva administra- ción instrumental. Madrid: Colix, 2000.
- ORTIZ, G. Ariño. Regulación económica y modelo de administración. In: ?.
- PARA VÁSQUEZ, J. Ramón. Lãs adminstraciones independientes. In:
- PAREJO ALFONSO, L. La potestad normativa de las administraciones independientes _____ Prefacio. In: BENTACOR RODRÍGUEZ, A. *Las administraciones independientes*. Madrid: Tec- nos, 1994.
- PASSARO, Michele. *Le amministrazioni independen- ti*. Torino: G. Giappichelli, 1996.
- PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Oxfords: Clarendon Press, 1997.
- QUERMONNE, J. *L'appareil administratif de l'É Tat*. Paris: Seuli, 1991.
- RAMÓN, Fernando López. El consejo de seguridad nuclear: un ejemplo de administración indepen- diente.
- ROMANO, Filippo. *Le autoriitá indipendenti. Napo- li*: Simone, 2000.
- SALA ARQUER, J. Manuel. *La comisión Del merca- do de las telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 2000.
- SCHWARTZ, B. *American administrative law*. Lon- don: Isaac Pitman & Sons, 1950.
- TEITGEN COLLY, C. Les autorités administrati- ves indépendantes: histoire dune institutiou. In: ALBERT, C.; TMSIT, G. *Les autorités administrati- ves indépendantes*. [s. l.]: PUF, 1988.
- TMSIT, Gerad; ALBERT, C. *Les autorités adminis- tratives indépendantes*. [S. l.]: PUF, 1988.
- TRIBE, Laurence H. *American constitucional law*. 3. ed. New York: [s. n.], 2000.
- VAN LANG, Agathe et al. Dictionnaire de droit administratif. 2. ed. Paris: Armand Colin, 1999.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

Produção agrícola e alimentação – tendências para o futuro

Heloisa H. T. Camargo

Sumário

1. Perspectivas da FAO para 2015-2030. 2. As tendências da agricultura brasileira. 3. Conclusão.

1. Perspectivas da FAO para 2015-2030

Previsões de longo prazo são frequentemente consideradas meros exercícios de futurologia, pelo grande número de variáveis envolvidas e pelo alto grau de incerteza inerente a esse tipo de estudo. Entretanto, certas tendências identificadas e as possibilidades de acontecimentos relacionados com determinados cursos de ação recomendam a análise desses documentos pelos formuladores das políticas públicas.

Estudo elaborado em 2002 pela FAO (Food and Agriculture Organization) sobre o panorama da agricultura mundial para o período 2015/2030 confirma a tese de que haverá alimentos em quantidade suficiente para alimentar a população estimada para o período, “mas que milhões de pessoas nos países em desenvolvimento permanecerão famintos e que permanecerão sérios muitos dos problemas ambientais causados pela agricultura”¹.

Conforme a fonte anteriormente citada, permanecerá a tendência já observada de redução na taxa de crescimento de população, bem como uma redução na pressão da

Heloisa H. T. Camargo é Consultora Legislativa para a área de agricultura.

agricultura nos recursos naturais. Entretanto, para mais de 1,1 bilhão de pessoas vivendo em extrema pobreza, em sua maioria no meio rural, o crescimento econômico baseado nas atividades agrícolas permanece essencial para melhorar suas condições de vida.

Embora reconheça a importância do comércio internacional no aumento da segurança alimentar, a FAO estima que o déficit comercial agrícola dos países em desenvolvimento aumentará de forma drástica até 2030. Recomenda, para aperfeiçoar o papel do comércio exterior no desenvolvimento agrícola, maior acesso aos mercados da OECD (Organization for Economic Co-operation and Development)² e a eliminação de tarifas, em especial dos produtos agrícolas processados, tanto nos países desenvolvidos como naqueles em desenvolvimento.

Ao mesmo tempo, o estudo alerta para os riscos da globalização na agricultura, pois a maior atuação das multinacionais nos mercados locais pode reduzir a capacidade de decisão dos agricultores. Assim, admite que, para obter os benefícios do processo, os países em desenvolvimento necessitam de estruturas legais e administrativas para controlar eventuais prejuízos.

O mencionado documento também identificou algumas tendências de caráter mundial, capazes de afetar a produção agrícola e de alimentos no período 2015-2030, que apresentamos de forma sumária nos parágrafos seguintes.

Sobre a pressão demográfica, o documento confirma a tendência de decréscimo da taxa de crescimento da população mundial, passando dos 1,7% aa observados nos últimos trinta anos para 1,1% aa até 2030. Também estima que um maior número de indivíduos apresentará melhoria nos padrões alimentares, com um consumo estimado de 3.050 kcal. diárias comparado com as 2.360 kcal. na metade da década de 60 e das 2.800 kcal. estimadas atualmente.

O aumento na qualidade, com maior ingestão de proteína animal, e o alcance, por expressivos segmentos da população, de

padrões alimentares adequados do ponto de vista nutricional acabam por estabilizar ou mesmo reduzir a demanda por alguns tipos de alimento. Esse fato ocorre porque, uma vez satisfeita a necessidade nutricional, o consumo fica estabilizado para a população cuja demanda foi atendida. Entretanto, em muitos países em desenvolvimento, existem boas perspectivas para a expansão da demanda por alimentos, tanto pelo aumento da renda quanto pela sua melhor distribuição.

Evidentemente tais estimativas são de caráter geral, pois, mesmo considerando as expectativas de aumento na qualidade e no número de pessoas beneficiadas, substanciais parcelas da população mundial ainda sofrerão o flagelo da fome. O declínio dos atuais 777 milhões de famintos para os estimados 440 milhões em 2030 não é sequer compatível com as metas estabelecidas em 1996, na Cúpula Mundial de Alimentação. Nessa ocasião, foi proposta a meta de reduzir a metade, em 2015, os 815 milhões de famintos existentes em 1990-92.

Embora a projeção indique um crescimento substancial no consumo de carnes e produtos lácteos, os cereais ainda constituem a maior fonte de alimentos da humanidade, tanto para consumo humano quanto para ração animal. A pesquisa estima que será necessário um bilhão de toneladas de cereais adicionais para atender a demanda no período considerado.

A mesma fonte considera que os países em desenvolvimento deverão tornar-se cada vez mais dependentes das importações de cereais, carnes e produtos lácteos, pois a produção local não será capaz de atender as necessidades alimentares da população. Foi estimado que em 2030 esses países produzirão apenas 86% da sua demanda por cereais, com as importações passando das atuais 103 milhões de toneladas para 265 milhões de toneladas em 2030.

Embora tanto os países tradicionalmente exportadores quanto os emergentes no mercado internacional de produtos agríco-

las possam atender ao aumento da demanda, persiste o fato de que os países mais pobres encontrarão dificuldades em pagar as importações de alimentos. A vulnerabilidade destes países às mudanças climáticas, como secas e inundações, também deverá agravar o quadro de dependência das importações de alimentos para atender a demanda interna, drenando recursos escassos para as aquisições de cereais, carnes e produtos lácteos nos países desenvolvidos.

Uma conclusão de grande importância é a que indica o aumento da produtividade agrícola como o principal responsável pelo aumento da produção. Assim, nos países em desenvolvimento, o aumento na produção será devido, em aproximadamente 70%, ao aumento da produtividade. A incorporação de novas áreas de cultivo ocorrerá de forma mais lenta, mas o deflorestamento continuará preocupante, especialmente em áreas da América do Sul e da África.

Outro fator crucial para os países pobres foi o aumento da área irrigada, que deve passar dos 202 milhões de hectares atuais para 242 milhões em 2030. Também a disponibilidade e o acesso aos recursos hídricos foram considerados como decisivos para a agricultura e o abastecimento alimentar no futuro. Estima a FAO que um em cada cinco países em desenvolvimento sofrerá com a escassez de água e que uma política de uso racional dos recursos hídricos para a agricultura, que consome aproximadamente 70% da água disponível, será essencial para garantir a produção agrícola.

Sobre as tecnologias, as previsões são da maior utilização daquelas capazes de aliar aumento na produtividade com proteção ambiental, tais como plantio direto, manejo integrado de pragas e de nutrientes. Sobre a biotecnologia, mais precisamente sobre a utilização de organismos geneticamente modificados, o estudo reconhece o potencial para aumentar a produção agrícola, mas recomenda o aperfeiçoamento de testes e protocolos de segurança para sua maior utilização.

O referido estudo também aborda um problema muito sensível, decorrente da utilização de novas tecnologias capital-intensivas, ou seja, a impossibilidade de os pequenos produtores, especialmente na pecuária, competirem com as grandes empresas, provocando sua expulsão do mercado. Recomenda a FAO a adoção de políticas específicas para evitar que esses grupos não percam suas fontes de subsistência, gerando mais pobreza no meio rural. Sobre a pesca, o estudo confirma o esgotamento já observado dos recursos pesqueiros naturais e a necessidade de investimentos em aquicultura para atender a demanda por esse tipo de proteína.

Resumindo, mesmo considerando as previsões de longo prazo, o estudo confirma algumas tendências evidentes na atualidade, como o aumento na dependência dos países pobres por alimentos importados. Outras previsões, como a maior utilização de tecnologias não agressivas ao meio ambiente, os aumentos na produção com base na produtividade, a redução da taxa de incorporação de novas áreas agrícolas, o esgotamento de recursos naturais e a necessidade de controle na utilização dos recursos hídricos, também podem ser observadas na atualidade.

A necessidade de políticas públicas capazes de garantir a inclusão no mercado de pequenos agricultores, mesmo na presença de empresas capital-intensivas, pode ser considerada uma tendência já existente, inclusive nos países desenvolvidos, onde um conjunto de políticas de incentivo, inclusive com a concessão de subsídios, garante a permanência dos produtores nos mercados local e internacional.

Para finalizar, foi confirmado o importante papel dos governos dos países em desenvolvimento na proteção dos interesses dos produtores e consumidores locais do comércio internacional, utilizando todos os recursos legais e políticos disponíveis para evitar as perdas decorrentes do processo de globalização.

2. As tendências da agricultura brasileira

Comparando as estimativas globais apresentadas pela FAO para a agricultura e a alimentação no horizonte 2015-2030, é viável interrogar se algumas dessas tendências estão presentes no setor agrícola brasileiro.

Uma importante tendência observada, a de redução da taxa de expansão da área cultivada e da maior rentabilidade como fonte de crescimento da produção, está confirmada na agricultura brasileira. Na safra 2001/2002, a produção foi de mais de 100 mil t., enquanto na safra 1995/1996 foi de 69 mil t. No mesmo período, a rentabilidade passou de 1,98 t. por hectare para 2,61 t., o que correspondeu a um aumento de 31,8%³.

Atualmente estão presentes na agricultura brasileira indicativos como acréscimo das áreas irrigadas, maior regulamentação de uso dos recursos hídricos, adoção de tecnologias menos agressivas com o meio ambiente, reformulação do processo de ocupação das terras agriculturáveis. Embora o deflorestamento continue a ocorrer em taxas preocupantes, especialmente na Região Norte e Centro-Oeste, é válido afirmar que o crescimento da produção agrícola depende cada vez menos da incorporação de novas áreas e cada vez mais da utilização de novas tecnologias e do conseqüente aumento da produtividade.

Outras importantes tendências mundiais identificadas no Brasil são a redução do ritmo de crescimento da população e uma realidade em que existem alimentos suficientes para o atendimento da população, sendo fome e desnutrição conseqüências diretas da situação econômica em que vivem as populações atingidas.

Pesquisa apresentada pelo FIBGE informa que o Brasil “termina o século marcado pela permanência da desigualdade: na década de 90, o rendimento dos 10% mais ricos e dos 40% mais pobres cresceu 38% (passando de 13,30 salários mínimos para 18,40) e 40% (da fração de 0,70 salário míni-

mo para 0,98), respectivamente, mantendo inalterada a elevada concentração da renda na sociedade brasileira”⁴.

De fato, “a fome que subsiste no Brasil é, essencialmente, uma questão de acesso aos alimentos e não uma questão de disponibilidade. O país produz mais do que o necessário para atender as demandas alimentares da população e, no entanto, não consegue promover uma distribuição equitativa desses alimentos”⁵.

Outra característica mundial também observada no Brasil é que a maior pobreza e a maior carência nutricional ocorrem no meio rural, especialmente nas Regiões Norte e Nordeste. Essa regiões ainda hoje apresentam os maiores problemas relacionados ao acesso a alimentação e nessas regiões o meio rural é o mais seriamente comprometido⁶.

No que se refere à importância do comércio internacional de produtos agrícolas como promotor do desenvolvimento, citamos o Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que informou em setembro do corrente ano ter a “balança comercial do agronegócio apresentado em agosto um superávit de US\$ 2,051 bilhões, resultado das exportações de US\$ 2,409 bilhões e importações de US\$ 358 milhões”. A mesma fonte menciona que a “participação dos produtos do agronegócio representou 41,9% do total arrecadado com as exportações brasileiras registradas no mês de agosto, US\$ 5,751 bilhões”⁷.

Entretanto, como exemplo dos danos causados pelo protecionismo dos países desenvolvidos, cabe mencionar que os produtores de soja brasileiros deverão recorrer à OMC (Organização Mundial do Comércio), pois entendem que os subsídios norte-americanos para a soja devem provocar um prejuízo de aproximadamente US\$ 900 milhões para o Brasil. Estudo elaborado pela CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil) mostra que, “em um cenário de eliminação dos programas de subsídios, os preços da *commodity* teriam sido 9,19% maiores”. O mesmo documento detalha que apenas a re-

dução dos preços causou um prejuízo de aproximadamente US\$ 600 milhões, enquanto a redução da produção brasileira causou uma perda estimada em US\$ 247 milhões⁸.

Produtos como suco de laranja e, fora do setor agrícola, o aço ilustram, com precisão, a diferença entre o discurso e a prática no comércio internacional. Entretanto, o próprio estudo apresentado pela FAO reconhece o problema e advoga a necessidade de mecanismos legais e administrativos capazes de proteger os produtores agrícolas dos países menos desenvolvidos. Ou seja, cabe ao governo brasileiro garantir aos nossos produtores oportunidades de acesso ao mercado internacional, pois sem esse apoio, mesmo produzindo de forma eficiente, não existe possibilidade de uma competição equilibrada.

Também deve ser mencionada a tendência do aumento da importação de alimentos. No caso específico do Brasil, citamos trigo e produtos lácteos, cujo abastecimento tradicionalmente depende do comércio internacional. As importações de trigo passaram de 25,2 mil t. em 1992 para 7.181,2 mil t. em 2001 e, no mesmo período, as compras de produtos lácteos como leites, creme de leite e queijos passaram de 43 mil t. para 142 mil t.⁹.

Mesmo considerando que o país é tradicionalmente auto-suficiente nos produtos alimentares básicos e que tem capacidade para produzir internamente quase tudo o que consome, a tendência de aumento na dependência de produtos alimentares merece muita atenção quando da elaboração de políticas agrícolas.

3. Conclusão

Documento elaborado pelo governo e representantes da sociedade civil do Brasil apresentado em 1996, na Cúpula Mundial de Alimentação, apresentou a seguinte definição de segurança alimentar :

“A Segurança Alimentar e Nutricional significa garantir, a todos, con-

dições de acesso a alimentos básicos de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, com base em práticas alimentares saudáveis, contribuindo, assim, para uma existência digna, em um contexto de desenvolvimento integral da pessoa humana”.

Considerando que no ano 2000 a proporção de indigentes atingiu 13% da população brasileira, equivalente a aproximadamente 22 milhões de pessoas, e que a concentração da renda e o desemprego persistem, a segurança alimentar e nutricional definida em 1996 não está presente na vida de grande parcela da população brasileira.

As análises da FAO e as tendências observadas internamente indicam que a agricultura é capaz de proporcionar alimentos em volume suficiente para atender as necessidades alimentares da população como um todo. Também comprova que a produção agrícola pode expandir-se pelo aumento na produtividade, com tecnologias não agressivas ao meio ambiente, respeitando e preservando a natureza.

As observações indicam ainda que, na era da globalização, o sucesso de um país em garantir a permanência dos produtores na atividade agrícola, o acesso dos mesmos aos mercados externos em termos competitivos e a satisfação das necessidades alimentares e nutricionais da população depende muito da ação do governo no estabelecimento de políticas públicas internas e da vigorosa defesa dos interesses nacionais no cenário internacional.

Para finalizar, é importante lembrar que as tendências para o futuro não são imutáveis – podem ser modificadas pela vontade política e o melhor momento para construir o futuro sempre foi o presente.

Notas

¹ FAO – World Agriculture 2030: global food production will exceed population growth. Dispo-

nível em: <<http://www.fao.org/english/newsroom/news/2002/7828-en.html>>. Acesso em: 2002.

² Entre os países membros, mencionamos França, Alemanha, Dinamarca, Noruega, Finlândia, Espanha, Portugal, Suíça, Reino Unido, USA, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Japão e Coréia.

³ BEGHIN, Nathalie et al (Coord.). A segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação no Brasil. Brasília: IPEA, 2002.

⁴ FIBGE. Síntese de Indicadores Sociais 2000. Disponível em: <<http://www1.ibge.gov.br/ibge/presidencia/noticias/0404sintese.shtm>>.

⁵ BEGHIN, Natalie (op. cit).

⁶ “O Mapa da Fome mostrou, em 1993, que o Nordeste continua apresentando índices extremamente elevados de indigência, com todas suas consequências, entre as quais a fome e a desnutrição

da população atingida. Índices menos elevados, mas também presentes em outras regiões, mostram que o país conserva bolsões de miséria em todo o seu território. Nas zonas mais populosas, como as das áreas metropolitanas no Sudeste, o número de famílias em condição de pobreza extrema é significativo. Contudo, é na área rural que, proporcionalmente, a indigência mostra-se mais severa. Os índices de mortalidade infantil e na infância e os indicadores de peso e altura de crianças até 5 anos confirmam o que foi demonstrado no Mapa da Fome, apontando o Nordeste brasileiro em uma situação inaceitável, principalmente em sua área rural”. MENEZES, Francisco. Panorama atual da segurança alimentar no Brasil. (S. l.): BASE, [19 --?].

⁷ Agência Brasil, 04/09/2002

⁸ Gazeta Mercantil - 04/09/2002

⁹ Fonte: SECEX/MDIC; CONAB.