

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO**

Procurador-Geral da República
CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
SANDRA CUREAU

Procuradora-Geral do Trabalho
SANDRA LIA SIMÓN

Procuradora-Geral da Justiça Militar
MARISA TEREZINHA CAUDURO DA SILVA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios
JOSÉ EDUARDO SABO PAES

CONSELHO ADMINISTRATIVO

Titulares

Ministério Público Federal: LUIS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE – Procurador Regional da República
Ministério Público do Trabalho: JONHSON MEIRA SANTOS – Subprocurador-Geral do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES – Promotora de Justiça
Ministério Público Militar: EDMAR JORGE DE ALMEIDA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar

Suplentes

Ministério Público Federal: FÁTIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI – Procuradora Regional da República
Ministério Público do Trabalho: ANTÔNIO CARLOS ROBOREDO – Subprocurador-Geral do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: RODOLFO CUNHA SALLES – Promotor de Justiça
Ministério Público Militar: NELSON LUIZ ARRUDA SENRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar

COORDENADORES DE ENSINO

Titulares

Ministério Público Federal: MARCOS ANTÔNIO DA SILVA COSTA – Procurador da República
Ministério Público do Trabalho: ADRIANE REIS DE ARAÚJO – Procuradora Regional do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: ARINDA FERNANDES – Procuradora de Justiça
Ministério Público Militar: CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar

Suplentes

Ministério Público Federal: CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA – Procurador da República
Ministério Público do Trabalho: CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAÚJO PINTO – Procurador do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça
Ministério Público Militar: MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA – Procurador da Justiça Militar

CONSELHO EDITORIAL

Coordenador: PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ – Subprocurador-Geral da Justiça Militar (Ministério Público Militar) – *e-mail:* pericles@mpm.gov.br

Conselheiros: ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS – Procurador da República (Ministério Público Federal) – *e-mail:* aramos@prsp.mpf.gov.br ; GUSTAVO ERNANI CAVALCANTI DANTAS – Procurador Regional do Trabalho (Ministério Público do Trabalho) – *e-mail:* dantas@prt10.mpt.gov.br ; ROBERTO CARLOS BATISTA – Promotor de Justiça (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) – *e-mail:* robertob@mpdft.gov.br



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ANO II - NÚMERO 8 - JULHO/SETEMBRO DE 2003

BRASÍLIA/DF

BOLETIM CIENTÍFICO – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, sala 318

CEP 70200-901 – Brasília/DF

Tel.: (61) 313-5111 – 313-5114 – 313-5116 – Fax: (61) 313-5185

Home Page: <http://www.esmpu.gov.br>

E-mail: editoracao@esmpu.gov.br

© *Copyright* 2003. **Todos os direitos autorais reservados.**

Secretaria Editorial:

Cecilia S. Fujita dos Reis

Setor de Editoração:

Adriene Rejane Sousa

Isa Maria Feitoza de Paula

Mônica Aparecida Silva (estagiária)

Sandra Maria Gauche

Diagramação, fotolitos e impressão:

Dupligráfica Editora Ltda. – SIG/Sul Quadra 08 n. 2396 – CEP 70610-400 – Brasília/DF

Tel.: (61) 344-1918 – Fax: (61) 344-1924 – E-mail: dupligráfica@zaz.com.br

Capa:

Artchip Editora – (11) 5044-7679 – 5041-8899

Tiragem: 3.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8, jul./set., 2003

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

APRESENTAÇÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* chega ao seu oitavo número, graças ao trabalho e à dedicação do Conselho Editorial, dos membros e dos servidores dos quatro ramos do Ministério Público da União, envolvidos na sua elaboração. Além disso, ilustres professores e magistrados, brasileiros e estrangeiros, partilham conosco suas idéias e conhecimentos, contribuindo para enriquecer esta publicação.

Rudolf Von Ihering já dizia que “o direito não é uma simples idéia, é uma força viva”, que representa um trabalho contínuo e ininterrupto de todos. É preciso, portanto, mantê-lo sensível aos anseios da sociedade à qual serve. Numa época de profundas contradições sociais, culturais e econômicas, o direito tornou-se o instrumento por excelência para combater a exclusão social, corrigir as desigualdades, assegurar o respeito aos valores fundamentais do ser humano.

Os trabalhos jurídicos que compõem esta edição refletem essa preocupação, pois abordam temas como a jurisdição universal, os direitos fundamentais sociais e sua eficácia, as políticas criminais contemporâneas, a democracia nos partidos políticos, o conflito entre direitos trabalhistas fundamentais, entre outras matérias de interesse atual, além de questões institucionais importantes, como a nomeação do Procurador-Geral da República.

Refletir o direito de maneira crítica foi sempre o principal objetivo do *Boletim Científico da ESMPU*.

A todos, uma boa leitura.

Sandra Cureau

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União



COLABORADORES

Alexandre Carlos Umberto Concesi – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

André de Carvalho Ramos – Procurador da República e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Cássio Casagrande – Procurador do Trabalho no Rio de Janeiro.

Clèmerson Merlin Clève – Titular das Faculdades de Direito da UFPR e da UniBrasil e Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado da UFPR.

Fernando Valdés Dal-Ré – Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Gladaniel Palmeira de Carvalho – Promotor de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social do Distrito Federal e Especialista em Direitos Humanos pela UnB.

Gustavo de Carvalho Guadanhin – Graduando em Direito pela Universidade de São Paulo.

Jorge César de Assis – Promotor da Justiça Militar (MPM) em Santa Maria/RS.

José Eduardo Sabo Paes – Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri.

José Elaeres Marques Teixeira – Procurador Regional da República e Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Kédyma Cristiane Almeida Silva – Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri, Espanha.

Maria Teresa de Carcomo Lobo – Juíza Federal e Assessora Especial da Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região.

Nilson Naves – Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal.

Paulo Gustavo Guedes Fontes – Procurador da República em Sergipe e Mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse.

Sílvio César Arouck Gemaque – Juiz Federal substituto em São Paulo, Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal da UNIP/Santos.

SUMÁRIO

Editorial

Péricles Aurélio Lima de Queiroz 9

Artigos

A jurisdição universal

Alexandre Concesi 11

Arbitragem e mediação – Incompatibilidade com a destinação institucional do Ministério Público – Inconstitucionalidade do inciso XI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93

Cássio Casagrande 15

Derecho de huelga e interés comunitario: los criterios de solución de un conflicto entre derechos fundamentales

Fernando Valdés Dal-Ré 27

Validade e eficácia das normas no ordenamento jurídico brasileiro – A revogação pelo costume: desuso e costume negativo em face da pauta interpretativa da proporcionalidade

Gustavo de Carvalho Guadanhin 51

Da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar – Amplitude e limites de sua competência

Jorge César de Assis 67

A nomeação do Procurador-Geral da República

José Eduardo Sabo Paes 75

Democracia nos partidos políticos

José Elaeres Marques Teixeira 83

As políticas criminais contemporâneas – Ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus

Kédyma Cristiane Almeida Silva 99

Execução de decisões judiciais de Cortes Internacionais contra Estados soberanos

Maria Teresa de Carcomo Lobo 121

O poder investigatório do Ministério Público
Paulo Gustavo Guedes Fontes 133

Limites do Direito Penal na moderna sociedade de riscos
Sílvia César Arouck Gemaque 137

Conferências

A eficácia dos direitos fundamentais sociais
Clèmerson Merlin Clève 151

Bioética e Justiça
Nilson Naves 163

Resenhas

O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social (Autor: Uendel Domingues Ugatti)
Resenha de autoria de André de Carvalho Ramos 167

Fundações e entidades de interesse social – Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários (Autor: José Eduardo Sabo Paes)
Resenha de autoria de Gladaniel Palmeira de Carvalho 169

Lançamento de livros de integrantes do MPU

Curso de Direito Processual do Trabalho
Carlos Henrique Bezerra Leite 173

Manual de Direito do Consumidor
João Batista de Almeida 173

EDITORIAL

*Péricles Aurélio L. de Queiroz**

Era perto do meio-dia, na manhã de 15 de agosto passado, quando membros do Conselho Editorial reuniram-se ao redor da pequena mesa oval localizada em uma das salas da Escola Superior, no antigo edifício da Procuradoria-Geral da República, em Brasília, sob o olhar atento da secretária do setor de publicações. Acontecia nesse dia a 15ª reunião do colegiado, precisamente a quarenta dias do *deadline* – fim do prazo, ou seja, pouco mais de um mês para a data de lançamento da oitava edição deste *Boletim Científico*. Na ocasião, o Conselho Editorial, formado por um Promotor de Justiça do MPDFT, um Procurador da República do MPF, um Procurador Regional do MPT e um Subprocurador-Geral da Justiça Militar do MPM, encerrava mais uma etapa para consolidar a publicação.

Dentre as inúmeras tarefas de receber, selecionar, produzir e editar este periódico especializado, destaca-se a atividade principal: oferecer meio de comunicação estável, periódico, dos pronunciamentos sobre assuntos atuais e predominantes da comunidade jurídica; divulgar conferências, seminários e outros eventos promovidos ou patrocinados pela Escola Superior do MPU. E é com esse intuito, de fomentar a difusão do conhecimento com qualidade, que foram estabelecidos critérios objetivos para a escolha dos textos, nos quais são considerados o interesse despertado pelo tema, a densidade e o enfoque do estudo e a sua consistência intelectual, observando-se a aplicação de metodologia científica à Ciência do Direito.

O trabalho não pára! Nesses dois anos de atuação, o Conselho Editorial já selecionou aproximadamente duas centenas de artigos enviados por integrantes do Ministério Público da União – membros e servidores –, magistrados, professores e juristas estrangeiros, muitos deles depositários de conceituados títulos de especialistas, mestres e doutores, alcançados no país e no exterior. É verdade que gostaríamos de ver publicadas todas as matérias que nos chegam às mãos, mas o espaço disponível em cada edição é limitado a um certo número de páginas, o que pode não ser um obstáculo enquanto esta publicação se fizer existir pelos próximos anos. Esse é o nosso propósito.

* Péricles Aurélio L. de Queiroz é Subprocurador-Geral da Justiça Militar e Coordenador do Conselho Editorial da ESMPU, Corregedor-Geral do MPM e Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

ARTIGOS

A JURISDIÇÃO UNIVERSAL

*Alexandre Concesi**

Na Idade Média, em troca de um compromisso de lealdade do súdito, o suserano não permitia que ele fosse punido, em outros feudos, por eventuais delitos cometidos.

Daí tem origem o princípio da soberania no campo penal, em relação ao qual cabia somente ao senhor feudal, a quem o súdito devia obediência, puni-lo por eventuais transgressões.

Ligam-se, assim, soberano e súdito, numa relação em que o primeiro protege o segundo e este, por sua vez, compromete-se a servir lealmente ao primeiro.

Tal princípio continua vigente em muitos Estados modernos que seguem a tradição do direito romano, embora assim não seja em relação a Estados que adotam a *common law*. Estes últimos, principalmente países europeus, são, em regra, mais flexíveis e permissivos em relação ao julgamento de seus nacionais por delitos cometidos alhures, permitindo até mesmo a extradição.

Não obstante seja tradicional no direito internacional a aceitação da responsabilidade penal do indivíduo, independentemente de onde o delito tenha sido cometido, e o princípio *aut dedere aut judicare* (extraditar ou julgar), que remonta a Grotius, ter como objetivo assegurar a punição aos infratores onde quer que eles se encontrem¹, tal tradição sempre esbarrou, na prática, pelo menos nos países de orientação do direito romano, no princípio da *soberania*, que tem como conseqüências aqueles outros da territorialidade e da extraterritorialidade, tudo dirigido, a rigor, a manter aquela estreita relação suserano/súdito.

Assim, o brasileiro que comete um delito no exterior e se refugia em seguida no Brasil terá, a seu favor, o inviolável direito constitucional de não ser extraditado e o de ser julgado de acordo com as normas e os preceitos nacionais, o que pode representar, em verdade, a impunidade, se tais normas e preceitos do local onde o delito foi cometido não forem condizentes com aqueles em vigor no Brasil, ou se não for possível aqui conduzir a instrução probatória da mesma forma como seria possível se o nacional fosse julgado no exterior.

Portanto, se o princípio da jurisdição universal já existe na teoria desde há muito, na prática sempre esbarrou no princípio da soberania, pelo menos em países como o Brasil, de tradição romano-civilista, servindo este último princípio de contraponto ao primeiro. Ou seja, esses Estados preferem se sentir soberanos e não punir os seus súditos do que imaginar que perdem a soberania se entregarem seus súditos a outros Estados para puni-los.

* Alexandre Carlos Umberto Concesi é Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

¹ RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Isso significa, na feliz expressão de Tzvetan Todorov, “les limites de la justice”².

Com o advento do Estatuto de Roma e, conseqüentemente, do Tribunal Penal Internacional (TPI), a espinha dorsal do conceito de soberania, no sentido de que o suserano protege o súdito em troca de sua lealdade feudal, foi quebrada para aqueles que a ele aderiram, quanto menos em relação aos delitos de que trata o Estatuto, quais sejam, os crimes de guerra, de genocídio e de violação dos direitos humanos.

Assim é porque a adesão àquela Convenção Internacional obriga o Estado-Parte a julgar o seu próprio nacional, obrigação essa que, se já existia antes apenas por força de tradições internacionais, agora ocorre por força de um estatuto escrito multilateral, cuja consequência primeira é que o Estado-Parte não pode mais dizer que os regramentos do Estado estrangeiro onde o delito foi eventualmente cometido não têm correspondência no país de onde o criminoso é natural ou, ainda, absolvê-lo por instrução probatória deficiente. Ou julga, ou entrega ao TPI para fazê-lo.

O princípio da *complementaridade*, núcleo fulcral e relevante engenharia jurídica embutida no Estatuto de Roma, impede, pelo menos em relação aos delitos de que ele trata, que princípios tão arraigados como soberania, territorialidade e extraterritorialidade venham a ser invocados como “les limites de la justice”.

É um enorme passo adiante na busca da efetiva e concreta jurisdição universal.

É tão grande esse passo que países com notória tradição de direito romano começam a ceder no que diz respeito ao princípio de soberania, dando vazão a um sentimento cada vez maior na sociedade universal de que não deve haver limites para a Justiça.

Exemplo gritante do que se acaba de dizer nos é dado pela Argentina, que parece decidida a permitir que ex-militares daquele país, acusados de terem violado direitos humanos durante o período repressivo de 1976-1983, sejam julgados em tribunais estrangeiros.

Essa tomada de posição política, sem dúvida corajosa e ainda inovadora, tem a ver, não resta a menor dúvida, com o caminho aberto pelo Estatuto de Roma, que instituiu, para fins de proteção dos direitos humanos, a mitigação – ainda que não a abolição – daquele conceito de soberania que os países de tradição jurídica romana carregam através dos séculos.

Torna-se absolutamente indispensável meditar sobre a profunda revolução que vem ocorrendo no campo do direito penal nos últimos dez anos, fruto da degradação das instituições, da globalização, das lutas incessantes pelo poder, do narcotráfico, do terrorismo etc.

Na Bélgica, há um decênio, já vigora uma lei que prevê a jurisdição universal, podendo o Judiciário daquele país julgar qualquer cidadão de qualquer país que tenha infringido regras protetoras dos direitos humanos. Essa legislação é tão abrangente que está sendo, exatamente neste período, rediscutida para limitá-la aos casos em que aquele país tenha interesse direto, ou que envolva, ativa ou passivamente, seus cidadãos.

² TODOROV, Tzvetan. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internationaux et juridictions internationales*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

Foi a crescente e rápida necessidade de inovação em matéria de direito penal internacional, pelas causas antes apontadas, que permitiu a criação, sem precedentes na história mundial, de um Tribunal Penal Internacional *permanente*, com foro e jurisdição para processar e julgar qualquer indivíduo, de qualquer Estado-Parte, e que esteja onde estiver, por crimes que, em última instância, sejam de lesa-humanidade.

A defesa dos direitos humanos está, por conseguinte, abrindo uma fenda profunda entre a forma como ainda se aplica o direito penal tradicional, baseado na *soberania* do Estado, na territorialidade, na tipificação estrita do delito, e o *novo* direito penal, que atingirá, como corolário lógico, a jurisdição universal, não só para os delitos previstos no Estatuto de Roma, como também, em um futuro que não vemos como longínquo, para os delitos de maior gravidade que afetam a comunidade universal (narcotráfico, terrorismo, lavagem de dinheiro etc.).

É evidente que quando nos referimos a direito penal tradicional e a *novo* direito penal, estamos aludindo ao *nosso* direito penal, com suas estacas profundamente fincadas no direito romano.

Os cultores da *common law* já superaram muitos dos dilemas que nós, adeptos do direito romano, ainda sofremos.

Não é por outra razão que há uma forte tendência a que o Tribunal Penal Internacional adote como sistema de processo e julgamento aquele que tem origem na *common law*, por ser, evidentemente, o que mais se coaduna com o princípio da jurisdição universal, sem prejuízo, contudo, de uma interação ainda a ser construída em face dos diversos sistemas jurídicos vigentes nos inúmeros Estados-Partes que assinaram o Estatuto de Roma.

Além desse hibridismo, com prevalência do sistema da *common law* sobre o sistema “civilista” do direito romano, a jurisdição penal efetiva e concretamente universal, ainda embrionária, somente atingirá o seu ápice quando os países hoje refratários ao TPI pretenderem alargar a competência do Tribunal para atingir outros tipos de delitos que, de forma diversa, não conseguem atingir.

Assim, Estados Unidos e Rússia, por exemplo, para poder invocar o princípio da jurisdição universal em relação a certos crimes que lhes interessam combater (narcotráfico e terrorismo, só para ficarmos em dois exemplos), deverão não só ratificar o Estatuto de Roma (o que os Estados Unidos já fizeram, embora com arrependimentos posteriores), mas também ajudar a impulsionar o TPI, para poder invocar o princípio jurisdicional da *complementaridade*, que é apanágio exclusivo daquele Tribunal Internacional, e que é elemento *mitigador* do princípio da soberania, ainda invocado por muitos países para impedir o julgamento dos seus nacionais (vide o caso da Líbia, que protege o quanto pode seus nacionais, responsáveis pela derrubada de um avião no Reino Unido no fim dos anos 80).

Quando isso ocorrer, não haverá mais “les limites de la justice”.

Bibliografia

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internationaux et juridictions internationales*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

_____. *Juridictions nationales et crimes internationaux*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CREPPI, Edoardo. *Crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*. Torino: Editora Utet, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO – INCOMPATIBILIDADE COM A DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XI DO ART. 83 DA LEI COMPLEMENTAR N. 75/93

*Cássio Casagrande**

O inciso XI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93 estabelece que compete ao Ministério Público do Trabalho “atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho”. Essa norma incorpora às funções do *parquet* uma atribuição inaudita, a qual merece profunda reflexão antes que passe a integrar o dia-a-dia da instituição. A propósito, lembra Hugo Nigro Mazzilli que

“sempre é salutar repensar o ofício do Ministério Público, seja em face das novas e abrangentes atribuições que tem recebido nos últimos anos, seja em face da natural evolução institucional. Contudo, para ser corretamente empreendido, esse reexame crítico supõe algumas premissas. O que tem iluminado a atuação do Ministério Público – não sempre, mas com grande frequência – é a indisponibilidade do interesse; fora daí, estamos no campo da conveniência da atuação ministerial em favor do zelo de interesses da coletividade como um todo”¹.

A atuação em arbitragem é historicamente estranha à atuação do Ministério Público no Brasil (como também nos países de mesma tradição jurídica). À exceção do *parquet* trabalhista, a nenhum outro ramo do Ministério Público brasileiro é atribuída semelhante função. Assim, antes de qualquer coisa, parece razoável indagar se a atuação do membro do Ministério Público do Trabalho em procedimento arbitral é possível, pois o art. 129, IX, da Constituição da República estabelece que a instituição pode “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]”.

Em nosso entendimento, a arbitragem (como também a mediação) não se compatibiliza com a destinação constitucional do Ministério Público. Primeiro porque o instituto não se coaduna com suas finalidades, conforme são definidas no art. 127 da Constituição da República. Segundo, porque o conceito jurídico de arbitragem (e a própria lei que a regulamenta no Brasil) choca-se frontalmente com alguns princípios institucionais do Ministério Público (notadamente a independência funcional). Com relação à mediação, em específico, além desses dois fundamentos, há um terceiro, qual seja, a inexistência de autorização legal para a atuação da instituição na qualidade de mediador. Analisaremos, adiante, cada um desses tópicos, acrescentando, ao final, considerações de ordem política a respeito da mediação e da arbitragem no âmbito do Ministério Público do Trabalho.

* Cássio Casagrande é Procurador do Trabalho no Rio de Janeiro.

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 353.

1 Incompatibilidade da arbitragem com a finalidade constitucional do Ministério Público

O art. 127 da Constituição da República atribui ao Ministério Público a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Observe-se que o elemento central dessa norma, o que caracteriza e define a situação do *parquet* no sistema de justiça nacional, e em consequência sua forma de agir, é a posição de “defesa” de determinados valores políticos (“ordem jurídica”, “regime democrático”, “interesses sociais e individuais indisponíveis”).

Portanto, cabe ao Ministério Público “defender” esses valores, tomar partido de um interesse para protegê-lo. Daí que o *parquet* seja considerado na doutrina como órgão requerente, em oposição à atividade judicante da magistratura, cuja nota mais característica é justamente a passividade, decorrente da impossibilidade de atuação de ofício. Mesmo na atividade *custos legis*, o órgão do MP intervém não para “decidir” quem tem razão, mas sim para “requerer” ao juiz a aplicação da justiça, em atenção a determinado interesse (público, indisponível etc.)². Vale dizer, o Ministério Público é, em essência, órgão requerente, podendo atuar como agente ou interveniente. As próprias designações “magistratura em pé” e “*parquet*” revelam esse fundamento ontológico da instituição, como já anotava a doutrina europeia no século XIX. Bilac Pinto, por exemplo, reporta-se à lição do eminente processualista francês Garsonnet, que em seu *Traité de procédure* assim definia a posição do Ministério Público: “O Ministério Público é uma magistratura, a qual denominamos ‘magistratura em pé’ em oposição à ‘magistratura sentada’, porque seus membros se levantam para dirigir requisições aos membros das cortes e dos tribunais, que julgam do alto de suas poltronas”³. *Parquet*, como se sabe, significa assoalho, palavra utilizada como metáfora para referir o nível do chão, de onde os procuradores formulavam seus requerimentos.

A atividade de arbitragem, ao contrário, importa em idéia exatamente oposta, na medida em que nesta não há “defesa” de valores constitucionalmente estabelecidos, nem se requer nada. O árbitro exerce atividade passiva, semelhante à da “magistratura sentada”⁴. Tanto isso é verdade que a Lei n. 9.307/96, em seus arts. 23 e seguintes, classifica a decisão do árbitro como “sentença”, estabelecendo para esta requisitos típicos das decisões judiciais. E o art. 18 do mesmo dispositivo classifica o árbitro como “juiz de fato e de direito”. Vale dizer, esse tipo de atividade é tipicamente “judicante”, não se coadunando com a posição do Ministério Público no sistema de justiça.

² Nesse sentido, a lição de Mazzilli: “A intervenção do Ministério Público no processo civil sempre se dá *em defesa* do interesse público, ora evidenciado pela natureza da lide, ora pela qualidade das partes” (op. cit., p. 681. Grifamos).

³ BILAC PINTO. *Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ed. Konfino, 1937. p. 13.

⁴ A esse respeito, a lição de João Lopes Guimarães Junior: “O exercício da jurisdição [...] é sempre condicionado à iniciativa da parte interessada, que age no exercício do direito de ação conferido àqueles que se julgam lesados em seus direitos. Quando se pensa no Judiciário, portanto, é preciso ter em mente que, diversamente do que ocorre com os demais Poderes, trata-se de um poder *inerte*, cuja inércia é imposta pelo próprio sistema jurídico (art. 2º do Código de Processo Civil)”. Isto é, a inércia é típica da magistratura e oposta à concepção do *parquet*, que pode atuar de ofício (Papel constitucional do Ministério Público. In: CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. p. 95).

É precisamente em decorrência dessa situação ontológica do *parquet* que os seus membros podem, *sempre*, atuar de ofício, seja na qualidade de órgão agente, seja na de interveniente. Ora, na arbitragem – como na mediação – essa possibilidade, por razões óbvias, fica completamente afastada, o que demonstra como tais atividades são contrárias à natureza da instituição.

Por outro lado, não se pode argumentar que o membro do Ministério Público, ao arbitrar um conflito, estaria “defendendo a ordem jurídica” pela aplicação do direito material em litígio. Nada mais enganoso. A arbitragem, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.307/96, pode ser de direito ou de equidade. De acordo com o § 1º do mesmo dispositivo, as partes podem escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, incluindo, no § 2º, até “as regras internacionais de comércio”, ainda que contrárias ao direito nacional. Portanto, na arbitragem não se adstringe o árbitro à ordem jurídica nacional, já que o conflito pode legitimamente ser resolvido em sentido completamente oposto ao da legislação positiva em vigor.

Tampouco é sustentável a idéia de que, atuando em arbitragem, o Ministério Público estaria defendendo o interesse público pela “paz social”, traduzido pela composição extrajudicial de conflito. A contribuição do Ministério Público para a “paz social”, ou resolução não-violenta de conflitos, dá-se exatamente em sua atividade requerente, levando os litígios ao Judiciário ou intervindo naqueles que lá se encontram. O papel do Ministério Público, *in casu*, é exatamente o de fiscalizar se procedimentos e tribunais arbitrais estão cumprindo sua função social de promover a harmonia na sociedade, podendo inclusive atuar contra estes⁵. Ademais, não nos parece juridicamente razoável que o Ministério Público possa funcionar como “órgão arbitral institucional” e, ao mesmo tempo, venha fiscalizar “entidades arbitrais”, na dicção do art. 13, § 3º, da Lei n. 9.307/96. Isto é, teríamos um ente arbitral fiscalizando o outro. Essa situação tenderá a se complicar se aprovada a Reforma do Judiciário nos termos em que se encontra a Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000⁶. O art. 116 da Constituição passará a vigorar com a seguinte redação: “A lei criará órgãos de conciliação, mediação e arbitragem, sem caráter jurisdicional e sem ônus para os cofres públicos, com representação de trabalhadores e empregadores, que terão competência para conhecer de conflitos individuais de trabalho e tentar conciliá-los no prazo legal”. Ou seja, o Ministério Público do Trabalho teria de fiscalizar a atuação de tribunais ou comissões arbitrais, oferecendo ao mesmo tempo idêntico tipo de “serviço”, o que certamente colocaria em xeque a credibilidade do órgão ministerial⁷. Lembre-se que, atualmente, as Procuradorias Regionais do Trabalho têm recebido dezenas de denúncias versando sobre irregularidades em comissões de conciliação prévia, sendo natural imaginar que o mesmo deverá acontecer com os tribunais ou comissões arbitrais.

⁵ Como se sabe, já existem notícias sobre irregularidades em tribunais arbitrais. Ver, por exemplo, a reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*, de 27 maio 2002: “Justiça privada é cilada para trabalhador”. Lembre-se ainda, com o mesmo propósito, o recente escândalo da derrama de carteiras falsas de juiz, promovida por tribunais arbitrais do Rio de Janeiro.

⁶ Conforme texto consolidado aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, em 16 de março de 2002.

⁷ Adiante comentaremos as implicações políticas, para o Ministério Público do Trabalho, da assunção da arbitragem.

Outro aspecto que tem sido pouco estudado é a compatibilidade da destinação institucional do Ministério Público com a natureza do conflito de direito material passível de solução por meio de arbitragem. De acordo com o art. 1º da Lei n. 9.307/96, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Como já foi visto, de acordo com o art. 127 da Constituição, compete ao Ministério Público, entre outras funções, a defesa dos “interesses sociais e individuais *indisponíveis*”. Portanto, direitos patrimoniais disponíveis, *a priori*, estão excluídos do elenco de matérias objeto da tutela do *parquet*. É bem verdade que, em algumas situações, tem se admitido a atuação do Ministério Público na defesa de direitos patrimoniais disponíveis quando sua violação tenha dimensão coletiva e repercussão social, a exemplo do que entendem a doutrina e a jurisprudência quanto à sua legitimidade para a proteção dos interesses individuais homogêneos (como no famoso caso das mensalidades escolares⁸). Porém, em matéria de conflitos de relações laborais em que os contratos estejam em curso, é praticamente impossível identificar “direitos patrimoniais disponíveis” que possam ser objeto de arbitragem. Os casos mais comuns trazidos para mediação e arbitragem perante o Ministério Público do Trabalho dizem respeito à greve, ao pagamento de salários, à jornada de trabalho etc. Matérias que ora envolvem direitos não-patrimoniais (greve, jornada), ora direitos indisponíveis (salários)⁹. Pode-se argumentar, contra essa tese, que há hipótese clara na legislação relativa a conflito trabalhista de direito patrimonial disponível, a qual prevê inclusive o recurso à mediação e à arbitragem. Trata-se da Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, direito inclusive com *status* constitucional (CR, art. 7º, inc. XI), justificador, portanto, da atuação do *parquet*. Aqui, todavia, encontraríamos óbice de outra natureza, qual seja, a impossibilidade de conciliar o § 2º do art. 4º da Lei n. 10.101/2000 (livre eleição do árbitro ou mediador) com o princípio do promotor natural. Mas esse ponto será objeto de exame mais aprofundado no próximo item.

Outra perspectiva a demonstrar a incompatibilidade da arbitragem com a destinação institucional do Ministério Público diz respeito à natureza paraestatal do sistema arbitral. Isto é, em nosso país, com a Lei n. 9.307/96, adotou-se modelo em que a arbitragem deve necessariamente realizar-se não apenas fora do sistema jurisdicional, mas também fora do âmbito das atividades estatais, atuando o Estado apenas como força garantidora das convenções arbitrais. A esse respeito, ensina Joel Dias Figueira Junior:

“Na verdade, o processo pode realizar-se à margem de qualquer atividade estatal, como ocorre com a chamada mediação (técnica de negociação processualizada, em que se chega ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico convergente a um ponto comum), que leva à conciliação espontânea, onde aparece relevante a atividade dos interessados na busca da solução

⁸ Cite-se, por exemplo, a decisão do STF no RE 163.231-3/SP, DJU, 5 mar. 1997.

⁹ Para uma abordagem crítica sobre a adoção do instituto em questão para dirimir conflitos de trabalho, ver GALVÃO MOURA, Fernando; SOUSA MELO, Nelma. Arbitragem no direito do trabalho. *Síntese Trabalhista*, n. 150, p.117, dez. 2001.

comum; pode também o processo realizar-se através da intervenção estatal, materializada na decisão judicial (oriunda de magistrado inserido entre os agentes públicos da atividade jurisdicional estatal), ou, ainda, em meio aos dois pólos, realizar-se de forma paraestatal, isto é, sob os auspícios e a garantia do Estado, *mas com a decisão delegada a particular*, cujas decisões se afirmam, inclusive com sanções típicas da solução estatal, ou seja, a arbitragem (decisão por árbitro equidistante das partes, *mas desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes públicos jurisdicionais*). Tem-se, pois, fundamentalmente, as três formas de composição dos conflitos: a particular, a paraestatal e a estatal”¹⁰.

Uma simples leitura da Lei n. 9.307/96 revela como o legislador efetivamente optou pelo modelo privatista e paraestatal de arbitragem. O papel do Estado resume-se a reconhecer eficácia de título executivo (art. 31), a estabelecer as hipóteses e o procedimento para a declaração de sua nulidade (arts. 32 e 33) e a forma de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras (arts. 34 e seguintes). Não há qualquer previsão expressa ou implícita para que órgãos do Estado atuem na qualidade de árbitros. Tanto assim é que o art. 17 da citada Lei, por exemplo, estabelece que “os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para efeitos da legislação penal”. É bem verdade que em alguns artigos (por exemplo 5º e 16, § 1º) da Lei n. 9.307/96 há referência a “órgão arbitral institucional e entidade especializada”. Não nos parece, todavia, que, do ponto de vista da interpretação sistemática e mesmo literal, a expressão “órgão arbitral institucional” possa ser confundida com “órgão arbitral estatal”. Primeiro, porque a Lei de Arbitragem, em seu conjunto, não contempla a arbitragem estatal. E segundo, porque o que é institucional não precisa ser necessariamente estatal, como se dá no caso das comissões de conciliação prévia, constituídas por entidades privadas, porém reconhecidas em lei e eventualmente controladas pelo poder público¹¹. Observe-se que, se aprovada a Reforma Judiciária como se encontra atualmente, de acordo com o novo art. 116, as comissões arbitrais também serão institucionais, mas não estatais.

Por fim, mesmo que, contrariamente, se entenda que a lei contemplaria a arbitragem estatal, ainda assim dela não poderia participar o *parquet*. Pois, nesse caso, a arbitragem seria, no mínimo, considerada atividade extrajurisdicional, e o Ministério Público é parte da jurisdição (mas não do Poder Judiciário). Tanto assim é que o sistema jurisdicional não pode funcionar sem a participação do Ministério Público (Constituição, art. 127, *caput*). E, nesse particular, o exercício da arbitragem por ente do sistema jurisdicional traz graves implicações para o *parquet* e para a sociedade. Observe-se que justamente por pertencer ao sistema de jurisdição, o Ministério Público detém “poderes” de Estado típicos da atividade

¹⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. Legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999. p. 19.

¹¹ O mesmo exemplo de entidade institucional não-estatal pode ser extraído dos sindicatos no período anterior a 1988 (arts. 514 e 515 da CLT), das organizações sociais (Lei n. 9.637/98) e das organizações da sociedade civil de interesse público (Lei n. 9.790/99), criadas pela Reforma Administrativa (Emenda Constitucional n. 19). Na mesma concepção se incluem ainda os partidos políticos (Lei n. 9.096/95).

judicante, pois pode requisitar documentos, informações, depoimentos e até mesmo determinar a condução coercitiva de testemunhas¹². Todos esses poderes são incompatíveis com o exercício da arbitragem, atividade, como visto, de caráter privado. E é óbvio que em nenhuma de suas atribuições o membro do Ministério Público pode dispor de tais instrumentos de atuação.

Muito mais perigosas para os membros do *parquet* (e, em consequência, para a sociedade) são as implicações decorrentes do art. 14 da Lei de Arbitragem. Esse dispositivo determina que

“estão impedidas de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição *dos juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades*, conforme previsto no Código de Processo Civil”.

Ora, como aplicar ao membro do Ministério Público os deveres e responsabilidades dos juízes (CPC, arts. 125 a 133, e LOMAN, arts. 35 a 60) se os membros da instituição são agentes políticos com estatuto constitucional próprio, gozando de garantias típicas e sujeitos a deveres e responsabilidades diversas das conferidas aos magistrados? O conflito é flagrante e insolúvel, como lembra Mazzilli:

“[...] das chamadas carreiras jurídicas, apenas a Magistratura e o Ministério Público exercem parcela direta da soberania do Estado, sendo seus órgãos agentes políticos, dotados de garantias e vedações próprias e inconfundíveis. A aplicação da lei certamente deverá impedir equiparações indevidas, tendo em vista o efeito em cadeia que uma equiparação genérica, indiscriminada e irrestrita poderia causar, em prejuízo do próprio interesse público”¹³.

Em resumo, a aplicar-se o art. 83, XI, da Lei Complementar n. 75/93, far-se-á com que o membro do *parquet* atue como um juiz “de fato e de direito” (art. 18 da Lei n. 9.307/96), desvirtuando por completo sua destinação constitucional, seja pela natureza daquela atividade, seja pelas responsabilidades e garantias afetas ao exercício da função ministerial.

2 Incompatibilidade dos princípios que regem a arbitragem (e a Lei n. 9.307/96) com os princípios institucionais do Ministério Público

Os princípios que regem o instituto jurídico “arbitragem” no sistema brasileiro são incompatíveis com a preservação dos princípios institucionais do Ministério Público, particularmente a independência e a unidade funcionais.

¹² Ver, por exemplo, o art. 8^a da Lei Complementar n. 75/93. Sobre esse ponto, vejam-se os seguintes conceitos: “A natureza jurídica das funções da Magistratura e do Ministério Público consiste no exercício de parcela direta da soberania do Estado – característica que não está, nem poderia estar presente nos demais setores do funcionalismo público comum” (MAZZILLI, op. cit., p. 348). “Embora o *parquet* tenha funções que não se confundem com as dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, é certo que também ele dispõe de uma parcela do poder estatal, que se traduz na possibilidade de promover a aplicação da lei em juízo” (GUIMARÃES JUNIOR, op. cit., p. 95).

¹³ MAZZILLI, op. cit., p. 350.

A Lei n. 9.307/96 consagrou entre nós o princípio da livre elegibilidade do árbitro, pelo qual deve haver confiança dos compromissários quanto à pessoa do “juiz de fato”. Ou, em outras palavras, estabelece-se entre os signatários do compromisso ou da cláusula arbitral relação de fidúcia pessoal para com o árbitro. Esse é, aliás, um traço distintivo da arbitragem em relação ao sistema jurisdicional de composição de conflitos, que se afirmou historicamente em torno do princípio do juiz natural, como corolário da impessoalidade da administração pública e da imparcialidade da jurisdição¹⁴.

A alegada incompatibilidade dá-se justamente aí, porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu¹⁵ que nosso sistema constitucional recepcionou não só o princípio do juiz natural, como também o do promotor natural, o qual

“consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei”¹⁶.

Isto é, a regra do promotor natural deriva não só dos princípios da impessoalidade e da imparcialidade, como do princípio da independência funcional, e assim não se coaduna com o princípio da livre elegibilidade do árbitro. Observe-se, nesse particular, o equívoco da Resolução n. 44/99 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, aprovada com o fim de “regular a arbitragem no âmbito do MPT”, a qual permitiu, em seu art. 3º, § 1º, que o pedido dos conflitantes seja distribuído a “membro escolhido”.

É bem verdade que a Lei da Arbitragem possibilita às partes delegar a escolha do “juiz de fato” a órgão ou entidade, mas esta é apenas uma faculdade outorgada aos litigantes; isto é, não há como se impor às partes que, previamente, abram mão do direito de escolher o árbitro, como se daria se o Ministério Público pudesse atuar nessa condição. Vale dizer, um tribunal arbitral (ou entidade assemelhada) pode oferecer aos litigantes duas opções: a) que escolham o árbitro em pessoa de sua confiança ou b) que deleguem essa escolha ao próprio tribunal. Nunca, porém, podem tais entidades ou órgãos restringir aos compromissários a opção a apenas uma dessas duas hipóteses (no caso, que aceitem a delegação de escolha do árbitro, como necessariamente teria de ocorrer perante o órgão do Ministério Público – se este pudesse atuar como árbitro –, em função do princípio do promotor natural). Em resumo: arbitragem em que previamente se exclui a possibilidade de escolha da pessoa do

¹⁴ Sobre as origens históricas do princípio do juiz natural, ver SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 115.

¹⁵ HC 67759, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 91. O mais completo estudo sobre o princípio do promotor natural está em Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural. Atribuição e conflito*). Rio de Janeiro: Forense, 2001), no qual inclusive pode ser encontrada a íntegra do acórdão do STF sobre a questão, referido anteriormente.

árbitro não é arbitragem. Ministério Público em que se pode escolher o membro que irá atuar não é Ministério Público. Trata-se, portanto, de duas instituições regidas por princípios completamente incompatíveis e inconciliáveis.

A ameaça ao princípio do promotor natural em procedimentos arbitrais perante o Ministério Público fica mais clara se recorrermos a exemplos concretos: suponha-se que um órgão do Ministério Público do Trabalho esteja investigando uma empresa e um sindicato, que criaram uma comissão de conciliação prévia, a qual vem lesando os trabalhadores da categoria profissional. Imagine-se que, no curso dessa investigação, ambos os investigados solicitem que o conflito seja arbitrado por outro membro, com entendimento contrário ou hierarquicamente superior ao procurador que havia iniciado o procedimento investigatório. Estaríamos, na prática, diante de uma clara “avocação” da questão. Cabe considerar que a simples alegação de que a “prevenção” do primeiro procurador resolveria o problema não tem como se sustentar. Se se admitir que o procedimento investigatório e o procedimento arbitral têm finalidades completamente distintas, é plausível que a prevenção possa ser recusada a quem competir dirimir os conflitos de atribuição. E se o conflito envolver uma cooperativa e uma empresa tomadora de serviços? Ou uma empresa de ônibus e um sindicato, os dois interessados em prolongar a greve, em prejuízo da população? (Não raro as empresas de ônibus têm interesse em prolongar uma greve para aumentar as passagens.) Enfim, são várias as situações que possibilitam uma “avocação” indireta.

Outro princípio institucional do Ministério Público colocado em risco pela arbitragem e mediação é o da unidade, pelo qual o *parquet* deve apresentar uma solução uniforme dentro do caso particular que lhe seja apresentado. Na medida em que, como visto, os procedimentos arbitral e investigatório permitem que um mesmo conflito de interesses seja examinado por dois membros, sob enfoques distintos, um mesmo caso poderá receber do Ministério Público soluções incongruentes. Veja-se a seguinte hipótese, recolhida de um caso concreto ocorrido na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região. Uma escola primária mantida por uma ONG celebrou convênio com o Município do Rio de Janeiro para atendimento de crianças em idade pré-escolar. A administração municipal era responsável pelo repasse de verbas para pagamento de salários dos professores. Em razão de dificuldades orçamentárias, o município interrompeu o repasse dos valores, resultando daí mora salarial. A Delegacia Regional do Trabalho autuou a ONG pelo atraso no pagamento de salários e encaminhou o respectivo auto de infração à Procuradoria Regional do Trabalho, onde foi instaurado procedimento investigatório. Paralelamente, o sindicato requereu “mediação” com a escola, instaurando-se outro procedimento. Observe-se que, embora os fatos sejam comuns, a natureza dos dois procedimentos é distinta, na medida em que na investigação poder-se-ia, em tese, examinar até mesmo a responsabilidade do município, enquanto na mediação seria possível solução diversa quanto ao pagamento dos salários em atraso.

Outro aspecto a ser considerado em relação ao princípio da unidade diz respeito à posição do membro do Ministério Público diante de um conflito. Suponha-se o seguinte caso de dissídio coletivo em setor essencial: trabalhadores da companhia municipal de limpeza pública entram em greve porque não estão recebendo EPIs. Observe-se que o

membro do Ministério Público está diante de interesses conflitantes, ambos de ordem pública (a saúde dos trabalhadores e a saúde da população). Imagine-se que o procurador designado para atuar como mediador, apesar dos esforços, não consegue compor o conflito. Decorridos alguns dias, com os serviços de coleta de lixo paralisados e frustrada a mediação, o membro do *parquet* decide instaurar dissídio coletivo, nos termos do art. 83, VIII. Ora, como é que se preservará a unidade de sua atuação se, tendo atuado inicialmente com neutralidade em relação ao conflito, logo em seguida se transformará em parte no processo?

Não cabe aqui a contra-argumentação de que idêntica situação ocorre nos procedimentos investigatórios encerrados mediante a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta. Nesses procedimentos, o membro do *parquet* não funciona previamente como *tertius*. Não há “negociação”, no sentido de que denunciante e denunciado admitem concessões recíprocas. Aliás, muito menos o membro do *parquet* pode admitir qualquer transigência com os termos da lei, tolerando apenas o prazo e algumas condições para adequação aos ditames legais.

3 Incompatibilidade da mediação com a atividade ministerial e inexistência de autorização legal para o exercício da função

Além de todas as razões apresentadas nos itens anteriores, que igualmente justificam a incompatibilidade da mediação com a destinação constitucional e com os princípios institucionais do Ministério Público, há ainda outra, que embora singela, não deixa de ser irrefutável: não existe qualquer autorização legal para que o membro do Ministério Público atue como mediador.

Inicialmente, não há como se admitir que a mediação esteja incluída implicitamente no inciso XI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93, pois, como já se disse anteriormente, mediação e arbitragem são institutos jurídicos completamente distintos, que não se confundem.

De outro lado, a falta de atribuição legal ao *parquet* para atuação como mediador não pode ser interpretada como inexistência de vedação a essa atividade no Ministério Público. Primeiro, porque em se tratando de função ministerial não prevista na Constituição, deverá necessariamente ser instituída por meio de lei¹⁷. Segundo, porque o princípio da legalidade (CR, art. 37, *caput*) só permite à administração pública agir quando expressamente autorizada por lei, ao contrário da regra prevalente no direito privado:

“quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido”¹⁸.

¹⁷ “A norma de encerramento permite à lei infraconstitucional atribuir-lhe outras funções [...]” (MAZZILLI, op. cit., p. 409).

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

Observe-se que inexistem qualquer lei geral prevendo a mediação como forma de atuar da administração ou mesmo como técnica de intervenção junto aos administrados. Quando o legislador quis dotar a administração desse instrumento, o fez de forma específica, como no caso do Decreto n. 88.984, de 10 de novembro de 1983, que criou o Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem, no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho.

Por último, para reforçar a incompatibilidade da mediação com o princípio institucional da unidade, recorreremos a mais um exemplo. Como poderá o Ministério Público impugnar uma cláusula convencional manifestamente ilegal resultante de acordo coletivo que contou com a mediação de um membro do *parquet*? Lembre-se que, na mediação, o “mediador” apenas procura aproximar e conciliar as partes em conflito, não podendo “decidir” nem se responsabilizar pelos termos eventualmente ilícitos do resultante acordo.

4 Aspectos políticos da mediação e da arbitragem no Ministério Público do Trabalho

Pode-se defender que, do ponto de vista político-institucional, não conviria ao Ministério Público do Trabalho perder ou abrir mão de uma das funções que lhe foram atribuídas pela Lei Complementar n. 75/93. Afinal, a instituição ainda luta por se afirmar perante a sociedade, como também entre os demais ramos do *parquet* no Brasil. Porém, cremos que o exercício de função incompatível com sua destinação constitucional é, em si, politicamente prejudicial para o relacionamento do Ministério Público do Trabalho com a sociedade civil. Não só em função dos citados riscos para as garantias e os princípios que regem a instituição, como também e sobretudo para a postura que o órgão deve assumir diante dos conflitos de trabalho: será que devemos conceber a instituição como órgão de *enforcement* da legislação trabalhista e de afirmação da cidadania no trabalho ou, ao contrário, optaremos por voltar nossa atenção às idéias estadonovistas de solução estatal dos conflitos laborais? Será que devemos procurar nos aproximar do perfil constitucional do novo Ministério Público ou preferiremos nos orientar pelas idéias que engendraram a Justiça do Trabalho nos anos 30/40?

De outra parte, a possibilidade de ameaça aos princípios do promotor natural e da unidade, por sua vez, podem contribuir para o enfraquecimento interno da instituição, já que as situações descritas devem levar a conflitos de atribuição e desgastes entre os membros e órgãos ministeriais.

Outro ponto a ser considerado diz respeito ao prejuízo que as atividades tradicionais do *parquet* poderiam sofrer com a arbitragem. Considerando que a Reforma do Judiciário, como visto, muito provavelmente instituirá a arbitragem como uma das formas de composição de conflitos trabalhistas, é certo que serão criadas entidades arbitrais privadas para esse fim, as quais necessitarão de uma fonte de custeio, podendo cobrar determinados valores de quem a elas recorrer¹⁹. Como o Ministério Público jamais poderá cobrar qualquer

¹⁹ “Embora o juízo arbitral possa ser um ‘processo’ relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários dos árbitros” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 82).

valor pelo exercício de suas atribuições (CR, art. 128, § 5º, II, “a”), é certo que deverá ocorrer uma tendência de assoberbamento dessa atividade nas Procuradorias Regionais do Trabalho, já que, obviamente, todos preferirão um serviço gratuito de reconhecida idoneidade. Com isso, veremos um extraordinário aumento de despesas para a manutenção de atividade que sequer se insere entre as prioridades institucionais. Ainda que a arbitragem trabalhista não seja incluída na Reforma do Judiciário, mesmo no presente não parece razoável manter um aparato administrativo para resolver questões de direito patrimonial, como o referido exemplo da participação nos lucros e resultados. Lembre-se mais uma vez a experiência de Mazzilli:

“Certo é que todas as hipóteses de atuação ministerial devem mesmo ser sempre questionadas e repensadas, porque o Ministério Público de hoje, com tantas e tão graves atribuições coletivas e sociais, vez ou outra está direcionado para algumas atribuições de pouca ou, em alguns casos, talvez de nenhuma repercussão pública ou coletiva [...]”²⁰.

Ou seja, do ponto de vista político e institucional, há mais a perder do que a ganhar com o exercício da arbitragem no Ministério Público do Trabalho.

Para terminar, uma reflexão: quando alguém cria algo absolutamente inovador, utilizando-se de sua criação contra a corrente geral, deve este alguém se indagar se está diante de uma invenção genial ou de uma simples excentricidade. Acredito que a arbitragem no Ministério Público, a despeito de seu ineditismo, encaixa-se na segunda hipótese.

²⁰ MAZZILLI, op. cit., p. 356.

DERECHO DE HUELGA E INTERÉS COMUNITARIO: LOS CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE UN CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES¹

*Fernando Valdés Dal-Ré**

Sumario: I – El mantenimiento de los servicios esenciales comunitarios: una generalizada restricción al ejercicio del derecho de huelga. 1 Los textos normativos. 2 El contexto social: el cambio en la morfología del conflicto. 3 El fundamento de la restricción. II – El difícil concepto de servicios esenciales de la comunidad. 4 Un concepto en buena parte indeterminado. 5 Un ensayo de determinación: la noción teleológica. 6 Las técnicas de individualización de los servicios esenciales. 7 Público y privado en la noción de servicios esenciales. III – Las garantías de la no interrupción de los servicios esenciales en caso de huelga. 8 Criterios generales de selección y aplicación. 9 El servicio mínimo: concepto.

I – El mantenimiento de los servicios esenciales comunitarios: una generalizada restricción al ejercicio del derecho de huelga

1 Los textos normativos

1. Las Constituciones y declaraciones internacionales de diversa naturaleza y variada terminología (Pactos, Convenciones o Cartas) promulgadas y adoptadas a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial han ido dilatando su acervo de derechos, al tiempo que han ido garantizando su ejercicio de manera más efectiva frente a las eventuales vulneraciones procedentes tanto de los poderes públicos como de los sujetos privados². La ampliación de la parte dogmática de los Códigos Políticos y textos de carácter internacional ha venido motivada, desde una perspectiva formal, por la incorporación de una serie de derechos, convencionalmente etiquetados bajo la rúbrica de “derechos económicos, sociales y culturales”, entre los que de manera sistemática figura el derecho

¹ El presente trabajo reordena, revisa y actualiza los siguientes y anteriores trabajos publicados sobre derecho de huelga: “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública”, *Relaciones Laborales* 1986, núm. 6, pp. 8-29; “Diritto di sciopero e servizi essenziali della comunità in Spagna”, *Giornale di Diritto del Lavoro e degli Relazioni Industriali* 1988, núm. 39, pp. 551-572; “El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, en “Los derechos fundamentales y libertades públicas”, vol. II, XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid (Pub. Ministerio de Justicia) 1992, pp. 953-976 y “Sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, *Relaciones Laborales* 1998, núm. 13, pp. 1-8.

* Fernando Valdés Dal-Ré es catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

² Me refiero, claro es, a la garantía de la eficacia general de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) o, por mejor decirlo, de algunos de entre ellos. Entre la abundante bibliografía, me remito al magnífico estudio de BILBAO UBILLOS, J.M., “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, Madrid (Pub. del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 1997.

de huelga³. No son estos momento ni lugar apropiados para entretenerse a indagar las razones de orden material determinantes del progreso habido en el contenido de los derechos de base constitucional, derechos éstos que, en parte, se relacionan con la revalorización del principio de igualdad, que completa y profundiza las libertades públicas tradicionales, y, en parte nada desdeñable también, constituyen la traducción normativa de los profundos cambios experimentados por el Estado contemporáneo industrial y postindustrial; son el reflejo normativizado de los nuevos valores y fines asumidos por éste a resultas de su intensa y extensa reestructuración y, a raíz de ella, de su conversión en el principal agente distribuidor de bienes jurídicos de contenido material (Estado Social)⁴. Baste dejar constancia una vez más que en el constitucionalismo moderno no se concibe la posibilidad de instituir un sistema democrático sin el reconocimiento de ese singular instrumento de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores en que consiste el derecho de huelga.

Definitivamente rescatada de la lista de comportamientos susceptibles de ser reprimidos en vía penal o sancionados en vía contractual en la que había sido registrada por el Estado burgués surgido de la descomposición y crisis del *ancien régime*, la huelga se configura como un derecho no absoluto; como un derecho cuyo uso ha de entrar en diálogo y coordinarse con otros derechos, ejercitándose de modo compatible con la satisfacción de intereses fundadores de la vida en comunidad. La sujeción de las huelgas que se desarrollan en sectores “vitales para la sociedad”, en actividades “de inaplazable necesidad”, en servicios de “importancia social considerable” a un régimen jurídico específico y singular, diferenciado del común o general, constituye una constante en el panorama normativo internacional⁵. Es una regla de generalizada vigencia en los

³ El derecho de huelga tiene reconocimiento constitucional, entre otros muchos, en los siguientes países: Alemania (art. 9º, Ley Fundamental de Bonn de 1949); Argentina (art. 14 bis, Constitución de 1957); Brasil (art. 9º, Constitución de 1988); España (art. 28.1, Constitución de 1978); Francia (Preámbulo de la Constitución de 1946, vigente en la de 1958); Hungría (art. 70.C, Constitución de 1989); Italia (art. 40, Constitución de 1947); México (art. 123.A.18, Constitución de 1917); Panamá (art. 64, Constitución de 1972); Perú (art. 55, Constitución de 1992); Portugal (art. 59, Constitución de 1976) y Uruguay (art. 65, Constitución de 1967). Vid. un panorama de derecho comparado, no siempre actualizado, en CÓRDOVA, E./ MORGADO, E., “La huelga y el cierre patronal”, en Córdova (Dir.), “Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina”, Ginebra (Pub. OIT) 1981, pp. 239 y ss; y BARBAGELATA, H.H., “El derecho del trabajo en América Latina”, Madrid (Ed. MTSS) 1985, pp. 277 y ss. El estudio más reciente, bien que limitado a ciertos países iberoamericanos, es el de PASCO, M. (Coord.), “La huelga en Iberoamérica”, México D.F. (Ed. Porrúa) 1996.

En el ámbito internacional, reconocen la huelga como derecho: el art. 8.1.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16-12-1966) y el art. 6.4 de la Carta Social Europea (Turín, 18-10-1961). Vid. SINAY, H./ JAVILLIER, J.C., “La grève”, 2ª ed., París (Daloz) 1984, pp. 147 y ss.

⁴ Vid. las lúcidas y siempre actuales reflexiones de GARCÍA PELAYO, M., “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Madrid (Alianza Editorial), 1977, pp. 18 y ss.

⁵ Sobre la huelga en los servicios públicos esenciales desde una perspectiva de derecho comparado, con referencias normativas en algunos casos ya derogadas o muy modificadas, vid., entre otros: PANKERT, A., “Solución de conflictos del trabajo en los servicios esenciales”, Revista Internacional del Trabajo 1980, vol. 100, núm. 1, pp. 55 y ss; ROEHRSEN, G., “I conflitti di lavoro nei servizi pubblici essenziali”, Rivista di Diritto del Lavoro 1980, núms. 3/4, pp. 343 y ss; ZANGARI, G., “Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali nel diritto italiano e comparato”, Rivista di Diritto del Lavoro 1980, núms. 3/4, pp. 358 y ss; VACCA, G., “Il diritto di sciopero e le sue limitazioni nelle organizzazioni e nei paesi europei”, Milán (Giuffrè) 1983; CÓRDOVA, E., “Tendencias y determinantes de la huelga en la Administración Pública”, Revista Internacional del Trabajo 1985, vol. 104, núm. 2, pp. 163 y ss; AA.VV., “Sciopero e servizi pubblici in Europa”, Napoli (Ed. ESI) 1989; CASSAGNE, J., “La huelga en los servicios esenciales”, Madrid (Ed. Civitas) 1993 y ALES, E., “Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generali e autotutela: spunti comparatistici”, Turín (Ed. Giappichelli) 1995.

ordenamientos jurídicos, en la mayoría de los cuales su concreción jurídica viene históricamente urgida al entrar en crisis las teorías más clásicas de la función pública y, por tanto, al comenzar a reconocerse a los funcionarios públicos el derecho de abstenerse colectiva y concertadamente de prestar trabajo.

En tal sentido, la acción separada o conjunta de legislación y jurisprudencia – a la que en algunos casos se añade la autonomía sindical (autorregulación) o la autonomía colectiva (negociación colectiva) – ha venido definiendo un núcleo de actividades, servicios y sectores no susceptibles de ser interrumpidos o de serlo tan sólo bajo determinadas condiciones, pues, de otro modo, quedarían lesionados intereses generales, se atentaría a principios de valor constitucional o se dañarían derechos fundamentales de los ciudadanos. Como rezaba la *Emergency Power Act* inglesa de 1920, la comunidad o una parte sustancial de ella quedaría privada de elementos esenciales de vida⁶. En definitiva y como con reiteración ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), el derecho de huelga puede ser restringido o incluso prohibido cuando se ejercite en servicios esenciales cuya paralización o suspensión cause un perjuicio grave a la colectividad nacional⁷.

2 El contexto social: el cambio en la morfología del conflicto

2. Si algún rendimiento pueden reportar estas genéricas y sumarias observaciones, no es otro que el haber facilitado el enunciado del tema objeto de este estudio, cuyo propósito queda circunscrito a la modalidad de abstención de trabajo que se sitúa en la zona más caliente y polémica del actual debate jurídico, político, sindical y social sobre el derecho de huelga: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad.

La indiscutida e indiscutible centralidad de este tipo de huelga se aprecia mediante meras observaciones estadísticas. La información disponible evidencia que desde los primeros años de la década de los ochenta estamos asistiendo a una generalizada caída del índice de horas de trabajo perdidas en los sectores industriales como consecuencia de la celebración de huelgas y, en paralelo, a un persistente y progresivo crecimiento de dicho índice en el sector servicios, señaladamente en el vinculado, de manera directa o indirecta, al sector público⁸.

⁶ Adoptada por el Gobierno de coalición liberal-laborista, presidido por Lloyd George, como respuesta a los importantes movimientos huelguísticos acaecidos en 1919, esta ley autorizaba la proclamación del estado de emergencia si “at any time it appears to Her Majesty that there have occurred, or about to occur, events of such a nature as to be calculated, by interfering with the supply or distribution of food, water, fuel or light, or with the means of locomotion, to deprive the community, or any substantial portion of the community, of the essential of life [...]” (Sec. 1[1]). Vid. MORRIS, G.S., “*Strikes in Essential Services*”, Londres (Mansell Publ.) 1986, pp. 45 y ss.

⁷ Entre otros muchos, casos núms. 753, 793, 804, 892 y 902. Vid. OIT, “*La libertad sindical*”, 3ª ed., Ginebra 1985, p. 80. Para un estudio más detallado, vid. HODGES-AEBERHEAD, J./ODERO DE DIOS, A., “*Los principios del Comité de Libertad Sindical relativos a las huelgas*”, *Revista Internacional de Trabajo* 1985, vol. 106, núm. 4, pp. 520 y ss.

⁸ Refiriéndose a la realidad de EE.UU., se ha dicho que “la huelga se asemeja en cierta forma al *Tyrannosaurus Rex*, muy temido en el pasado, pero ahora extinguido” (cfr. WHEELER, H.N., “*El derecho de huelga en Estados Unidos*”, *Temas Laborales* 1992, núm. 25, p. 85). Esta exagerada conclusión no parece que pueda aplicarse a la

Pero al margen de su vertiente cuantitativa, esta información evidencia las significativas transformaciones que se están produciendo en la morfología del conflicto social y en los efectos que el conflicto mismo produce⁹. La fábrica y el “patrón”, escenario y destinatario clásicos de las huelgas, vienen sustituidos por el servicio público o privado que presta actividades de interés comunitario. Las consecuencias de este tipo de huelgas trascienden el campo de la bilateralidad por él que discurren las relaciones trabajador/empresario y terminan extendiéndose a un tercero ajeno al conflicto: el usuario del servicio interrumpido, en el que converge o puede converger simultáneamente la condición de trabajador. Por lo demás, un elemento adicional a los ya expuestos contribuye a precisar las mudanzas detectables en las huelgas típicas que se convocan y ejecutan en las sociedades avanzadas. La interdependencia de las estructuras básicas del sistema económico permite que grupos reducidos de trabajadores, a menudo dotados de alta calificación y beneficiarios de una tutela jurídica granítica, puedan paralizar muchas más actividades de las que se encuentran sometidas a su control¹⁰. Por este lado, tiene lugar una “desproporción entre la nimiedad del riesgo y la facilidad con que se inflige el daño, de un lado, y los costes del daño infligido, de otro”¹¹. El conflicto, para ser “socialmente destructor”, no necesita las masivas adhesiones de antaño.

Estas sumarias evocaciones de carácter sociológico tal vez puedan servir para explicar las razones por las que han desaparecido o, al menos, han dejado de escucharse las críticas a la generalizada tendencia de los ordenamientos a contener dentro de límites más o menos severos la disciplina de la huelga en los servicios esenciales. No resulta fácil “oponerse a su lógica”¹², colocándose así “en la posición impopular de poner en peligro la existencia” de intereses comunitarios¹³.

Pero sirva o no este toque de rudimentario empirismo para justificar la ausencia de protestas o su tono controlado en relación con las medidas legislativas dictadas para regular una institución que se ha mostrado refractaria a ser normada, lo que importa señalar

realidad europea, en donde la huelga no ha sido aún relegada a “un parque jurásico”, en compañía de otras instituciones pertenecientes a épocas de “paleontología social”. En todo caso, y para la realidad española, las estadísticas muestran el progresivo descenso de huelgas en el curso de la década de los años 90. Vid., como estudio más reciente, CEOE, “Veinte años de conflictividad laboral en España”, Serie Informes y Estudios, Madrid 2000. Sobre los diversos parámetros de medición de la conflictividad (frecuencia, dimensión media y gravedad media), vid. BORDOGNA, L./PROVASI, G.C., “La conflittualità”, en CELLA, G.P./TREU, T., “Relazioni industriali”, Bolonia (Il Mulino) 1984, pp. 227 y ss.

⁹ Vid., entre otros muchos, ACCORNERO, A., “La terziarizzazione del conflitto e suoi effetti”, en CELLA, G.P./REGINI, M. (Dir.), “Il conflitto industriale in Italia”, Bolonia (Il Mulino) 1985, pp. 273 y ss; GRASSI, G., “Scioperare stanca. Una tesi sulle forme di lotta nella società dei servizi”, Roma (Adda Ed.) 1986; MAILLY, R./DIDMOCK, S.J./SETHI, A.S., “Industrial Relations in the Public Services”, Londres (Routledge) 1989, esp. pp. 46 y ss y PIPAN, T., “Sciopero contro l’utente. La metamorfosi del conflitto industriale”, Turín (Ed. Bollati Boringhieri) 1989.

¹⁰ Una huelga de celo de los pilotos de una compañía de bandera o de los controladores aéreos ilustra ejemplarmente la aseveración del texto.

¹¹ Cfr. PIPAN, “Sciopero contro l’utente...”, cit., p. 40.

¹² Cfr. DE LA VILLA GIL, L.E./PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Introducción a la economía del trabajo”, vol. I, Madrid (Ed. Debate) 1977, p. 437.

¹³ Cfr. DAÜBLER, W., “La huelga en la Constitución española”, en AA.VV., “Los trabajadores y la Constitución”, Madrid (Ed. Selsa) 1980, p. 87.

es que es en el terreno de los servicios esenciales de la comunidad en el que el conflicto sindical puede transformarse “de instrumento de generoso altruismo en lucha fratricida, que, en la medida en la que se hace fisiológico, supera el límite de lo racionalmente tolerable”; y es también en este campo en el que la ciudadanía puede sentirse cautiva de movimientos huelguistas, percibiendo que se la utiliza “como rehén” con vistas a obtener, por parte del colectivo de trabajadores en conflicto, una presión adicional en la defensa de sus intereses¹⁴.

3 El fundamento de la restricción

3. El mantenimiento de los servicios esenciales de carácter comunitario constituye en la actualidad de nuestros días, muy probablemente, la principal y más generalizada causa o fuente de restricciones al ejercicio del derecho de huelga. Tan extendida limitación, aceptada sin apreciables resistencias por las más dispares culturas jurídico-sindicales, sugiere la existencia de vigorosas razones que justifiquem este tratamiento normativo especial.

La garantía de la continuidad de las actividades que satisfacen necesidades vitales para la sociedad ha sido un constante compañero de viaje de la disciplina jurídica de la huelga. De la fase penal, desde luego; pero también de la fase de reconocimiento jurídico, con independencia y al margen del lugar que, en la escala jerárquica, ocupa la norma que consagra la huelga como un derecho o la admite como mera libertad, confiriéndole un espacio vital de actuación. Aquella garantía ni desaparece en el trayecto que conduce el derecho de huelga a su configuración como derecho fundamental¹⁵ ni decae o se desvitaliza en situaciones de anomía legislativa.

Este persistente principio de asociación entre la huelga y la no interrupción de ciertos servicios de interés público y social no ha tenido en el transcurso del tiempo, sin embargo, una única justificación. El servicio esencial de la comunidad es un concepto jurídico que se ha normativizado en épocas relativamente recientes. En otras palabras, es una noción dotada de una neta historicidad: se sitúa en el punto de llegada de un proceso en el que el mencionado principio de asociación ha ido evolucionando en su concreción normativa y, por lo mismo y también, en su fundamentación jurídica.

Las tesis que a lo largo del tiempo han venido siendo manejadas y siguen siéndolo todavía, con mayor o menor intensidad, con vistas a justificar la necesidad de un régimen singular y específico de la huelga en los sectores que satisfacen intereses comunitarios

¹⁴ Cfr. ROMAGNOLI, U., “Huelga sí, huelga no, huelga cómo: el caso italiano”, Revista de Treball 1990, núm. 12, p. 31.

¹⁵ Tal y como sucede, por ejemplo, con las declaraciones que llevan a cabo el art. 28.2 de la Constitución española (“Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”) y el art. 9.1º de la Constitución brasileña (“La ley definirá los servicios o actividades esenciales y dispondrá sobre la atención de las necesidades impostergables de la comunidad”).

pueden ordenarse en dos grandes apartados. De un lado, se encuentra el criterio subjetivo, que atiende a la calidad de los sujetos que ejercitan la huelga; de otro, los criterios de carácter objetivo¹⁶.

4. La garantía del mantenimiento de las actividades de importancia para la sociedad ha plasmado, históricamente, en la ablación a los funcionarios públicos del derecho de huelga. Semejante regla prohibitiva se ha fundamentado, en principio, en las teorías más clásicas de la función pública, que en su momento fueron las que facilitaron la creación y establecimiento de un aparato administrativo al servicio de la implantación del Estado moderno. Me refiero a las dos siguientes: de un lado, la que realza la singular posición jurídica del funcionario, que a la condición de empleado del Estado adiciona la cualidad de agente suyo, obligado a servir con lealtad los intereses generales que el propio Estado encarna y satisface a cambio de recibir del propio Estado protección jurídica y de la sociedad reconocimiento social; de otro, la que atiende a la naturaleza jurídica de la relación funcional, cuyo eje de rotación gira en derredor de los principios de “autoridad” y “jerarquía”: es la voluntad unilateral de la Administración de la que nace y la que hace surgir el vínculo existente entre el funcionario y la propia Administración.

En la actualidad de nuestros días, este criterio subjetivo ha perdido la influencia política y el apresto jurídico que en su momento pudo alcanzar. A resultas de las profundas transformaciones habidas en el Estado, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos ya se han superado o han sido abandonados los principios de orden político y jurídico impositivos de la atribución a los funcionarios públicos de los derechos de actividad sindical, incluidos los de huelga y negociación colectiva. No obstante, es ésta una aseveración que precisa, para su más exacta comprensión, algunas precisiones complementarias.

La supresión de la prohibición de recurrir a fórmulas de abstención colectiva y concertada de trabajo con vistas a la defensa de los intereses de titularidad de los funcionarios públicos constituye una tendencia muy extendida en los ordenamientos jurídicos. Pero, como toda tendencia, tampoco ésta se encuentra libre de excepciones, que pueden ser de dos tipos: plena, comprendiendo a todo tipo de funcionarios, o limitada a ciertos colectivos de funcionarios.

La manifestación más típica del primer grupo la ofrece Alemania, cuyo ordenamiento veda a los funcionarios estatales (*beamten*) utilizar medios de autotutela colectiva, condición ésta que ha de ser entendida en sentido estricto, no alcanzando ni a los empleados de los servicios públicos o privados que prestan servicios de interés comunitario ni a los funcionarios de los gobiernos de los Lands y de los ayuntamientos¹⁷. Según la tesis dominante en la doctrina científica y en la jurisprudencia, la prohibición es el lógico corolario de los principios que rigen en ese ordenamiento el derecho de los conflictos colectivos (*Arbeitskampfrecht*), de un lado, y la relación funcional, de otro. Tales principios pueden resumirse mediante el auxilio a un sencillo silogismo: sólo son legítimas las huelgas dirigidas

¹⁶ Vid. para un completo análisis de estos criterios BAYLOS GRAU, A., “Derecho de huelga y servicios esenciales”, 2ª ed., Madrid (Ed. Tecnos) 1988, pp. 31 y ss.

¹⁷ Muy semejante es la regulación en EE.UU. Vid. WHEELER, “El derecho de huelga en...”, cit., pp. 89 y ss.

a la consecución de objetivos que pueden alcanzarse mediante la negociación colectiva (premisa mayor), las condiciones de empleo de los funcionarios han de ser fijadas por ley y no por convenio colectivo (premisa menor), luego los funcionarios públicos no son titulares de derecho de huelga¹⁸. Aparte de este argumento, de fuste muy clásico, el derecho de huelga de los funcionarios también resultaría incompatible, en el decir del sector doctrinal mayoritario, con otros principios de organización del Estado definidos por la *Grundgesetz*: los principios del Estado de Derecho, de la democracia y del Estado Social¹⁹.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el debate sobre los derechos sindicales de los funcionarios públicos, en su doble vertiente de derechos de organización y de actividad, ha perdido su histórico tono ontológico, pasando a situarse en un terreno fenomenológico. Tales derechos, incluido el de huelga, disfrutan hoy de plena ciudadanía legal, habiéndose incorporado al estatuto jurídico de la función pública y no siendo infrecuente, incluso, que gocen de amparo constitucional. Pero el reconocimiento de los derechos sindicales en favor de los funcionarios públicos, de una parte, no se efectúa o no siempre se efectúa en términos de equiparación plena con respecto a los que se confiere a los trabajadores en régimen de contratación laboral y, de otra, no comprende o no siempre comprende a todos los funcionarios públicos. La prohibición de recurrir a la huelga se mantiene con carácter residual²⁰ para ciertas categorías de funcionarios públicos, entre los que suelen figurar de manera sistemática los funcionarios militares, los jueces, magistrados y fiscales, así como los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado²¹.

5. La ruptura del principio de incompatibilidad entre función pública y huelga desplaza el criterio justificativo del tratamiento singular que los textos normativos confieren a la abstención de trabajo ejercitada en el ámbito de los servicios esenciales desde un plano subjetivo hacia otro objetivo. En esquemática síntesis, tres son los criterios que

¹⁸ Vid.: BLANKE, T., “Il diritto di sciopero nei servizi pubblici nella RFT”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 1988, núm. 39, pp. 493 y ss; ZACHERT, U., “La regulación de la huelga en Alemania”, *Temas Laborales* 1992, núm. 25, pp. 31 y ss y JUNKER, A., “Huelga y servicios esenciales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 1993, núm. 17, pp. 198 y ss.

¹⁹ Vid. el desarrollo de estos criterios y su contundente crítica, en BLANKE, “Lo sciopero nei servizi...”, cit., pp. 505 y ss.

²⁰ Cfr. BAYLOS GRAU, “Derecho de huelga...”, cit., p. 48.

²¹ En todo caso, tal es el modelo al que responde el ordenamiento español, en el que tienen prohibida la sindicación los miembros de las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Reales Ordenanzas Militares, en relación con el art. 28.1 de la Constitución [CE]), Institutos Armados sometidos a disciplina militar (Guardia Civil, Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en relación con el art. 28.1[CE]) y los jueces, magistrados y fiscales (art. 127.1 CE). Los miembros de los cuerpos y fuerzas de la Seguridad del Estado tienen derechos de libertad sindical, pero limitados, vedándoseles el ejercicio del derecho de huelga. Vid., como monografía específica, DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “El derecho de huelga de los funcionarios públicos”, Madrid (Ed. Civitas) 1990. Además y para una visión más de conjunto, GÓMEZ CABALLERO, P., “Los derechos colectivos de los funcionarios públicos”, Madrid (Pub. del CES) 1994 y SALA FRANCO, T./ROQUETA BUJ, R., “Los derechos sindicales de los funcionarios públicos”, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch) 1995. En Inglaterra, cuyo ordenamiento no ha prestado la mínima atención legislativa a la clásica diferenciación entre sector público y sector privado de otros países, la policía y los miembros de las fuerzas armadas, además de otras categorías de empleados públicos, tienen también prohibido recurrir a la huelga. Vid. MORRIS, “Strikes in essential...”, cit., pp. 14 y ss. Solución muy similar a la española enuncia la legislación

componen el catálogo de las explicaciones objetivas que, desde ángulos diferentes, bien que en parte interrelacionados entre sí, fundamentan la configuración de la huelga de la que me vengo ocupando como “un supuesto típico de excepcionalidad” que permite restricciones en su ejercicio²².

a) La primera es la contraposición entre la huelga y el cumplimiento por el Estado de los fines superiores que tiene encomendados y que ha de satisfacer, básicamente, a través de los servicios públicos. Esta tesis, de elaboración francesa, hunde sus raíces en la consideración del servicio público como fundamento y límite del Estado-poder público, al que se define “como cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”²³. Desde esta perspectiva, la continuidad constituye un atributo inherente al funcionamiento del servicio público; o enunciada la idea en otros términos, huelga y servicio público son conceptos que se excluyen recíprocamente. “La huelga está en contradicción con la noción misma de servicio público”²⁴, siendo responsabilidad del Estado oponerse a los actos que, al paralizar el servicio público, niegan el fundamento del propio Estado.

La crisis de la noción de servicio público como elemento definidor del Estado – que tendrá lugar en Europa durante el período de entreguerras –, unido al acceso del derecho de huelga a los textos constitucionales, han conducido al entierro, en unos ordenamientos, y al destierro, en otros, de la tesis del carácter antitético entre huelga y continuidad del servicio público. En Francia, en concreto, el Consejo de Estado abandonará su histórica doctrina y procederá, en la década de los años cincuenta, a elaborar otra nueva cuyo confesado designio será lograr la conciliación de los términos de un par hasta entonces considerado en posición de antinomia²⁵. Los servicios públicos dejan de ser tratados de manera homogénea y sin excepciones como zonas clausuradas a medidas de autotutela colectiva para pasar a tener, al amparo de una reformulación del principio de continuidad del servicio público, un régimen diferenciado. El ámbito de licitud del derecho de huelga se define en función de la naturaleza de las necesidades a las que responde el servicio público²⁶, de modo que mientras los funcionarios de algunos servicios siguen normalmente

italiana. La ley de 11 de julio de 1978 excluye a los militares de carrera del derecho constitucional de libertad sindical, mientras que la policía puede ejercer derechos de actividad sindical, con la salvedad de la huelga conforme a las previsiones de una ley de 1 de abril de 1981. Vid. GHEZZI, G./ROMAGNOLI, U., “Il diritto sindacale”, 4ª ed., Bolonia (Ed. Zanichelli) 1997, pp. 46 y ss. Desde una perspectiva de derecho comparado, vid. las observaciones de ALES, “Lo sciopero nei servizi...”, cit., pp. 84 y ss.

²² Cfr. MATÍA PRIM, J., en MATÍA PRIM, J./SALA FRANCO, T./ VALDÉS DAL-RÉ, F./VIDA SORIA, J., “Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos”, Madrid (Ed. Civitas) 1982, p. 137.

²³ Cfr. DUGUIT, L., “Traité de Droit Constitutionnel”, vol. II, París (E. de Boccard ed.) 1930, p. 60.

²⁴ Tales fueron las conclusiones del Comisario del Gobierno francés Mr. Tardieu, recogidas por la sentencia del Consejo de Estado de 7 de agosto de 1909, asunto *Winkell*, en la que se declara que la huelga es incompatible con “la continuité essentielle à la vie nationale”. Vid. LATOURNERIE, R., “Le droit français de la grève”, París (Ed. Sirey) 1972, pp. 605 y ss; los entrecomillados en p. 606.

²⁵ El punto de inflexión de la doctrina *Winkell* (citada en nota anterior) lo ofrece la sentencia del Consejo de Estado de 7 de julio de 1950, asunto *Dehaene*. Vid. LATOURNERIE, “Le droit français...”, cit., pp. 610 y ss y SINAY/JAVILLIER, “La grève”, cit., pp. 88 y ss.

²⁶ Cfr. LYON-CAEN, A., “Sciopero e servizi pubblici: l’esperienza francese”, *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni Industriali* 1988, núm. 39, p. 522.

sujetos a la tradicional prohibición de hacer uso de medios de huelga (policía, personal de instituciones penitenciarias o magistratura), a la mayoría de los empleados públicos se les reconoce el derecho de huelga²⁷, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por la aplicación de la doctrina del abuso del derecho o de la cláusula del respeto al orden público²⁸.

b) La confrontación entre los intereses privados que persiguen los trabajadores en huelga y los intereses generales a los que sirve y se funcionaliza el servicio público de importancia vital para la sociedad brinda una segunda y plausible explicación objetiva del régimen específico y limitativo al que se sujetan las huelgas que se celebran en los servicios esenciales de la comunidad. Cuando convocan y secundan una huelga, los empleados de estos servicios defienden intereses particulares, que no pueden prevalecer frente a los generales que se satisfacen a través de la realización de dichos servicios.

En buena medida, la especial complejidad del régimen jurídico de las medidas ordenadas a garantizar el mantenimiento de las actividades imprescindibles para el desarrollo de un convivencia comunitaria trae causa, precisamente, en la necesidad de conjugar ambos tipos de intereses²⁹, apartando las rápidas y fáciles soluciones que, en aras de la preservación de intereses generales, se sacrifican los de los trabajadores.

c) Los efectos dañosos que la interrupción del servicio ocasiona o puede ocasionar a la población usuaria cierre el listado de los criterios manejados para fundamentar el tratamiento específico de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad; y lo cierra ofreciendo, a mi juicio, la explicación más ajustada a la morfología del conflicto así como la más apropiada a la noción misma de servicio esencial. Sólo si se asume la perspectiva del consumidor, puede llegarse a apreciar “il *senso* del servizio essenziale; piu que il ‘corpo’, l’ ‘anima’ del servizio essenziale”³⁰.

De ahí, la conveniencia de conocer las “condiciones del mercado” en que el servicio se presta y relacionarlas con las circunstancias concretas de desarrollo de la huelga: duración e intensidad. Por ilustrar la aseveración con un ejemplo. No son idénticos los perjuicios causados a los consumidores por la interrupción de un servicio esencial gestionado en régimen de monopolio, institucional o de hecho, que de otro prestado en régimen de libre competencia. Como se tendrá ocasión de señalar más adelante, la sustituibilidad o insostituibilidad del servicio esencial constituye un elemento decisivo a la hora de ponderar la intensidad de la restricción impuesta al ejercicio del derecho de huelga.

²⁷ Por este lado, en el sistema francés, que no niega la titularidad del derecho de huelga a categorías concretas de funcionarios, se obtienen unos resultados muy semejantes a los que se alcanzan en aquellos ordenamientos en los que ciertos grupos de empleados públicos carecen de derechos sindicales.

²⁸ Vid. SINAY, “Le droit français...”, cit., pp. 624 y ss. Una lúcida y fundamentada crítica a la aplicación de la noción de abuso de derecho al derecho de huelga y, más en general, a los derechos fundamentales, puede consultarse en MATÍA PRIM, J., “El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento español”, Madrid (Pub. del CES) 1996, pp. 185 y ss.

²⁹ Cfr. RIVERO LAMAS, J., “La huelga en los servicios esenciales: complejidad del supuesto y opciones legislativas”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 1993, núm. 17 (monográfico sobre “El derecho de huelga”), p. 219.

³⁰ Cfr. RUSCIANO, M., “Lo sciopero nei servizi essenziali”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 1988, núm. 39, p. 394. Vid., también, RAMIN, A., “La grève dans les services publics en France: quelques réflexions sur la situation de l’usager”, *Droit Social* 1985, enero, pp. 33 y ss.

La comparecencia de los ciudadanos como parte afectada por una eventual paralización de los servicios esenciales, cuyo interés al mantenimiento de los mismos ha de quedar salvaguardado, constituye la razón invocada por la jurisprudencia constitucional española para explicar la diversidad de trato de la huelga convocada en el ámbito de dichos servicios. “En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga”³¹. El interés que se encuentra en juego en la regulación restrictiva del derecho de huelga es, en suma, el interés de la sociedad, que sólo puede ser perturbado “hasta extremos razonables”, aumentando a la presión que se ejerce sobre el empresario “la adicional del daño innecesario” sobre los usuarios de las prestaciones indispensables³². Y son los intereses comunitarios de los usuarios a la satisfacción de los bienes y derechos suministrados por los servicios esenciales los que entran en confrontación y han de conjugarse con los intereses particulares a los que sirve y se funcionaliza el derecho de huelga.

Y es esta misma perspectiva a la que responde y en la que se mueve el ordenamiento italiano, cuya ley de 12 de junio de 1990, núm. 146, sobre ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales habría tenido el objetivo de revisar los efectos de las huelgas convocadas en esos servicios en relación a su vinculación con los derechos constitucionales³³.

La fundamentación de la disciplina de la huelga en los servicios esenciales desde la perspectiva del usuario ha venido a introducir un significativo viraje en las teorías objetivas más clásicas, basadas en los conceptos de servicio público y de interés general³⁴. Sin embargo y como se tendrá ocasión de razonar en breve, el establecimiento de un marco normativo específico restrictivo del derecho de huelga no va enderezado, sin más, a la protección de los intereses de los usuarios; es una tutela reforzada por su conexión con los valores fundamentales de la persona. El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad no se define como garantía para la defensa de la nuda posición del consumidor. Los intereses de los usuarios actúan como límite del ejercicio del derecho de huelga en la medida en que satisfacen bienes y derechos constitucionalmente protegidos, y sólo en ella³⁵.

³¹ Cfr. sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25-4-1981), F.J. 18.

³² Cfr. sentencia del TC 43/1990, de 15 de marzo (BOE 9-4-1990), F.J. 6º.

³³ Cfr. SANTONI, F., “Lo sciopero”, 2ª ed., Nápoles (Jovene Ed.) 1994, p. 116. También PERSIANI, M., “Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare”, *Il Diritto del Lavoro* 1992, I, núm. 1, p. 17.

³⁴ De “giro copernicano” habla RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV., “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente”, Madrid (Ed. La Ley- Actualidad) 1997, p. 122.

³⁵ Vid., entre otros, SANTONI, “Lo sciopero”, cit., p. 117 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La huelga en los servicios esenciales...”, cit., p. 123.

II – El difícil concepto de servicios esenciales de la comunidad

4 *Un concepto en buena parte indeterminado*

6. El interés de la comunidad al mantenimiento de servicios que satisfacen necesidades vitales, objetivo al que se vincula la regulación sobre el ejercicio de la huelga, plantea como primera y fundamental cuestión la relativa a dotar de contenido sustantivo al sintagma “servicios esenciales”³⁶. No es ésta, en verdad, una tarea sencilla ya que, como viene siendo reconocido de manera generalizada, la noción servicios esenciales de la comunidad posee una notable dosis de indeterminación³⁷; es, como ha hecho notar la jurisprudencia constitucional española, “un concepto en buena medida indeterminado”³⁸. El elemento de la esencialidad del servicio está fundado, en buena medida, sobre juicios axiológicos, incorporando, por tanto, un margen más o menos amplio de subjetividad³⁹. Los ciudadanos o los grupos de ciudadanos pueden no coincidir en un momento dado en el juicio de esencialidad, juicio que además puede experimentar variaciones en atención a razones de carácter ambiental⁴⁰. Los servicios esenciales de la comunidad constituyen, en suma, un concepto susceptible de apropiarse diversos significados en atención a los contextos histórico, social, económico y normativo, al desarrollo de las necesidades de la población⁴¹ y a los cambios culturales.

5 *Un ensayo de determinación: la noción teleológica*

7. En la doctrina científica española, ha sido el prof. Martín Valverde el primero en identificar las dos acepciones básicas del concepto “servicios esenciales de la comunidad”. En un sentido estricto, coincidente con lo que en la tradición de nuestro ordenamiento se

³⁶ Es ésta la fórmula legislativa más moderna; la que ha colaborado a superar las tesis más tradicionales, ancladas en los conceptos de “servicio público” e “interés general”. En derredor de ella se ha elaborado, durante las décadas de los años ochenta y noventa, la correspondiente teoría general. No obstante, a veces se emplean en los lenguajes normativo, jurisprudencial y doctrinal expresiones de contenido similar o parecido: “servicios públicos esenciales”, “servicios públicos de vital importancia” o “servicios públicos de inaplazable necesidad”.

³⁷ Entre otros, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La determinación legislativa de los ‘servicios esenciales’ de la comunidad”, en AA.VV., “Ley de Huelga”, Madrid (Instituto Sindical de Estudios) 1993, p. 193; BLANKE, “Il diritto di sciopero nei servizi...”, cit., p. 509; SIMPSON, R., “L’autotutela collettiva nel settore pubblico in Inghilterra: il quadro legale e sindacale”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1988, núm. 39, p. 534 y TREU, T., “L’ambito de applicazione della legge”, en AA.VV., “Sciopero e servizi essenziali”, Padua (Cedam) 1991, p. 7.

³⁸ Así lo reconoce de manera expresa la sentencia TC 53/1986, de 5 de mayo (BOE 20-5), F.J. 3º.

³⁹ Es esta una aseveración que también constituye un lugar común en la doctrina. Entre otros, vid.: PANKERT, “Solución de conflictos...”, cit., p. 57; MORRIS, “Strikes in Essential...”, cit., pp. 188 y ss; CÓRDOVA, “Huelgas en los servicios públicos...”, cit., p. 165.

⁴⁰ Con razón ha podido señalar MORRIS (“Essential Services, the Law and the Community”, en Weddenburn, Lord W./Murphy, W.T., (Edit.) “Labour Law and Community: Perspectives for the 1980s”, Londres (Institute for Advanced Legal Studies) 1982, p. 25) que interrogarse sobre la esencialidad de un servicio también equivale a interrogarse sobre el círculo de personas para las que el servicio resulta esencial.

⁴¹ Las autoridades de los países subdesarrollados han manifestado reiteradamente en el seno de la OIT las dificultades de aplicar un único concepto de servicio esencial para países desarrollados, en vías de desarrollo o del tercer mundo. Vid. las consideraciones de LÓPEZ, “La huelga en el derecho argentino”, cit., pp. 57 y ss.

denominaron “servicios de reconocida e inaplazable necesidad” y, en otros países, actividades de “interés vital”, los servicios esenciales quedan vinculados a la atención de necesidades muy importantes de los individuos, entendiéndose que su interrupción impediría de manera inmediata y a muy corto plazo la satisfacción de tales necesidades. En un sentido más amplio, los servicios esenciales de la comunidad comprenden aquellas actividades orientadas a procurar las necesidades de la población relacionadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos, aún cuando las mismas no tuvieran el carácter de inaplazables⁴².

En ausencia del desarrollo legislativo anunciado en la Constitución española, ha correspondido a la jurisprudencia establecer la extensión de los servicios y fijar la adecuación al texto constitucional de las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga impuesta por las autoridades gubernativas en aras de la defensa de un interés comunitario. En este sentido, la ya lejana sentencia de la Audiencia nacional de 6 de junio de 1980 optará en favor de una acepción amplia, señalando que “son esenciales para la comunidad aquellos (servicios) que posibilitan a sus miembros el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales”⁴³. En la formulación establecida por aquel órgano judicial, la esencialidad del servicio se especifica y concreta a través de un elemento finalista. El servicio esencial está ordenado a la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tal y como los mismos vienen consagrados por el Código Político⁴⁴.

Sobre la base de estos criterios elaborados por la doctrina científica y la jurisprudencia, la sentencia 26/1981, de 17 de julio⁴⁵, del TC español afrontará la tarea de definir ese concepto, “en buena medida indeterminado”, partiendo a tal fin de las dos nociones anteriormente expuestas, bien que objetando su adjetivación como “amplia” y “estricta”. De acuerdo con esta última acepción, servicios esenciales son aquellas “actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad, concurriendo por tanto como notas configuradoras del concepto “el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales”. En un segundo sentido, coincidente con el calificado por la doctrina como amplio, la esencialidad del servicio proviene del resultado que con el mismo se pretende. Un servicio será esencial atendiendo “a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza”, debiendo ser esenciales “los bienes e intereses satisfechos y que no pueden ser otros que “los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente

⁴² Cfr. MARTÍN VALVERDE, A., “El derecho de huelga en la Constitución de 1978”, Revista de Política Social 1979, núm. 121, pp. 256 y ss.

⁴³ El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en la Revista de Trabajo 1980, núms. 57-58, pp. 550 y ss. Vid. el comentario que de ella hizo BAYLOS GRAU, A., “Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, Revista Española de Derecho del Trabajo 1980, núm. 2, pp. 252 y ss.

⁴⁴ Esta misma orientación sigue la sentencia del Tribunal Supremo (TS), Sala 3ª, de 11-7-1980, Ar. 2950. Vid. el comentario a esta resolución judicial Un comentario a ella de ROJO TORRECILLA, E., “Valoración del derecho constitucional de huelga por el Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo”, Revista Jurídica de Cataluña 1982, núm. 2, pp. 224 y ss.

⁴⁵ BOE 13-8.

protegidos”. De estas dos nociones, terminará concluyendo nuestro TC, es ésta última, “que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona, y no la primera que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades”, la que debe ser tenida en cuenta, “por ser la que mejor concuerda con los principios que inspiran la Constitución” (F.J. 10)⁴⁶.

8. En la tesis elaborada por la jurisprudencia constitucional española, la noción “servicio esencial” no tiene un sentido orgánico-funcional, como equivalente a empresa, sector de la producción o rama de industria encargado de prestar a la Comunidad y a sus miembros funciones imprescindibles para la prosecución de un estado de bienestar social o de desarrollo económico; su significación primaria y esencial atiende a aquellas actividades cuyo mantenimiento es condición material para el disfrute por los ciudadanos de los derechos fundamentales.

La finalidad de la garantía constitucional no se centra en la preservación, económica o de otro tipo, de la organización del servicio en si misma considerada. El propósito explícito y el efecto resultante es evitar que una interrupción del tan citado servicio pueda anular el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas o imposibilitar la satisfacción de los bienes constitucionalmente protegidos a los que los servicios se enderezan. El objeto de la tutela no son, en suma, las actividades que cubren necesidades vitales para la incolumidad de la sociedad; lo son los derechos fundamentales y los bienes jurídicos protegidos por la Constitución en la medida en que su ejercicio requiera el mantenimiento de unos servicios que, en razón de ello, cumplen una neta función instrumental: sirven de apoyo o sustrato material para poder disfrutar aquellos derechos y estos bienes.

La perspectiva en la que se sitúa la jurisprudencia constitucional tiene una dimensión finalista. El único criterio válido de identificación y valoración de la disciplina restrictiva del derecho de huelga en los servicios esenciales es el teleológico⁴⁷. La esencialidad del servicio no la presta el objeto al que el propio servicio va dirigido sino la finalidad que satisface. Y ésta no es otra que la de procurar el disfrute de los derechos fundamentales de la persona.

9. Apreciada esta noción teleológica desde la perspectiva del derecho de huelga, la moderación o limitación a su ejercicio que el mantenimiento de los servicios esenciales entraña abre un típico conflicto de derechos de rango equiparable a cuya composición sirve, precisamente, el sistema de garantías que cada ordenamiento establece. La subordinación o jerarquización del derecho de huelga a los derechos fundamentales de la persona que con él colisionan constituye un posible criterio de solución de ese conflicto; pero ni consume el abanico de respuestas dotadas de viabilidad jurídica ni se erige siempre

⁴⁶ En el mismo sentido, sentencias, también del TC: 51/1986, de 24 de abril (BOE 20-5); 53/1986, citada; 43/1990, citada; 8/1990, de 16 de enero (BOE 16-1) y 148/1993, de 29 de abril (BOE 28-5).

⁴⁷ Conforme con esta configuración, para el ordenamiento italiano, TREU, “L’ambito di applicazione...”, cit., p. 9.

en el remedio más equilibrado. La vinculación entre derechos fundamentales y servicios esenciales es una derivación del principio de unidad del ordenamiento jurídico, de vigencia en cualquier sistema jurídico.

El poder público que deba seleccionar y aplicar las medidas que sustancien el conflicto, poniendo fin al mismo, ha de proceder a optar, una vez identificados y valorados los intereses en juego, por la garantía menos gravosa para la composición de esos intereses; esto es, por aquella que posibilite la coordinación y el equilibrio entre los derechos enfrentados. Como ha hecho notar reiteradamente la jurisprudencia constitucional española, en las huelgas que tienen lugar en los servicios esenciales de la comunidad ha de existir “una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquellos”⁴⁸.

En otro orden de consideraciones, es preciso señalar que la noción teleológica de servicio esencial resulta incompatible con la idea de fragmentación o partición. Esta noción pide una absoluta independencia entre la categoría servicio esencial y la estructura orgánico-funcional que la sostiene y envuelve. En otras palabras, la esencialidad es un predicado del servicio entendido como unidad inescindible, sea cuál fuere la dimensión que la organización pueda tener. Desde esta perspectiva, constituye un falso dilema plantearse si ha de entenderse como esencial una organización prestacional en su conjunto (transporte, sanidad, educación, suministro de energía eléctrica, etc.) o si lo esencial es sólo una cuota dentro de la total organización. A los efectos de la noción finalista hoy consolidada normativamente en un número importante de ordenamientos, el elemento relevante es la naturaleza esencial de los intereses a cuya satisfacción se enderezan las prestaciones que el servicio ofrece a un círculo indeterminado de usuarios; o, formulada la idea en otros términos, el factor determinante es la conexión de dicho servicio con el ejercicio de derechos fundamentales o el disfrute de bienes de naturaleza igualmente constitucional.

En ocasiones, esta vinculación puede afectar a toda una organización prestacional; en otras, en cambio, la afectación irá referida a cometidos concretos y específicos desempeñados en esa organización. La configuración como servicio esencial, bien de una organización en su conjunto (sanidad), bien de parte de las funciones que en ella se prestan (servicios de urgencia hospitalarios), son opciones que dependen de variables ajenas a la propia noción de esencialidad, y su calificación jurídica tiene una significación meramente instrumental o derivada, pues lo decisivo seguirá siendo el engarce que tanto en uno como en otro caso se produzca entre prestaciones inaplazables a cubrir e intereses que ellas satisfacen. En suma, servicio esencial equivale a prestaciones esenciales y éstas pueden conformar el objeto de toda o de parte de una organización.

Cuestión diferente, y origen acaso de la confusión que se crea entre la unidad y sus partes, es que la concreta garantía adoptada por el poder público para mantener el servicio esencial pueda afectar a una cuota de los trabajadores o funcionarios destinados a ejecutar, en una organización, las prestaciones esenciales. En semejante hipótesis, el problema que se suscita no es de cuantificación de lo que deba entenderse como servicio

⁴⁸ Cfr., entre otras, sentencias 26/1981, citada, F.J. 15, y 43/1990, citada, F.J. 5º.

esencial, sino de especificación, valoradas las circunstancias concurrentes, del umbral en el que ha de fijarse la medida restrictiva del derecho de huelga para resolver en términos de equilibrio y coordinación el conflicto entre derechos que se crea. Más adelante he de retornar sobre este punto.

6 Las técnicas de individualización de los servicios esenciales

10. Al estilo de lo que viene sucediendo tradicionalmente con otros conceptos jurídicos indeterminados, la compleja tarea de delimitar lo que deba entenderse por servicios esenciales a efectos de huelga puede ser llevada a cabo a través de dos grandes sistemas: el de la cláusula general y el del listado. Uno y otro ofrecen un variado cuadro de ventajas y desventajas, que se entrecruzan recíprocamente.

El sistema del listado aporta - y no se trata de una ventaja de noto menor o desdeñable - seguridad jurídica, colaborando a cerrar las porosidades de la propia noción de servicio esencial y evitando, con ello, aplicaciones prácticas muy restrictivas en términos de ejercicio del derecho de huelga⁴⁹. El reverso del beneficio que reporta un sistema de lista no es difícil de enunciar; se corre el riesgo, siguiendo la ley de los movimientos pendulares, de ensanchar el concepto más allá de sus contornos sustantivos o de restringirlo, haciéndolo impracticable por inadaptado a las concretas circunstancias que puedan presentarse. Por otra parte y en la medida en que la lista ha de elaborarse con arreglo a pautas no exhaustivas, los servicios excluidos pueden beneficiarse de una presunción de no esencialidad y, a la inversa, los incluidos pueden quedar afectados por una presunción de esencialidad, terminando por devaluarse en cualquiera de ambas hipótesis la conexión instrumental del servicio esencial a la satisfacción de los derechos fundamentales de la persona⁵⁰.

La delimitación del servicio esencial mediante el sistema de cláusula general reporta una mayor elasticidad aplicativa. El evidente rendimiento que arroja esta fórmula lleva ya implícitas sus desventajas. La ausencia de un previo catálogo de servicios esenciales produce una situación de inseguridad jurídica, que a su vez potencia y multiplica los conflictos de la autoridad gubernativa con las organizaciones sindicales en diversas secuencias: en la fase de convocatoria de la huelga, al identificarse el concreto servicio como esencial, en la fase de celebración de la huelga, al discutirse las medidas ordenadas a garantizar el mantenimiento de un servicio cuya esencialidad se discute, y, en fin, en la fase de control judicial de las decisiones acordadas por los poderes públicos o de las reacciones adoptadas por los sindicatos.

En una apreciación o valoración de conjunto, el sistema de lista ofrece mayores posibilidades de articulación de los intereses en conflicto que comparecen en las huelgas que se ejercitan en los servicios esenciales de la comunidad, máxime en aquellos casos en los que la lista se configura, adicionalmente, con carácter abierto. Sea por estar dotada esta

⁴⁹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La huelga en los servicios esenciales...", cit., p. 118.

⁵⁰ Cfr. TREU, "L'ambito di applicazione...", cit., p. 11.

fórmula efectivamente de superiores virtudes jurídicas o venga debido a plausibles razones de conveniencia política, las recientes tendencias legislativas se inscriben en esta orientación.

Tal es el caso del ordenamiento italiano cuya ley de 1990 ha acogido, como ya se ha hecho notar, la noción teleológica de servicio esencial, definiendo su ámbito de aplicación a través de la técnica “del doble círculo”⁵¹ o criterio. De una parte, la ley procede a identificar, mediante una relación cerrada, los derechos de la persona constitucionalmente protegidos que pueden verse afectados por el ejercicio del derecho de huelga, considerando como tales a estos efectos: la vida, la salud, la libertad y seguridad, la libertad de circulación, la asistencia y previsión social, la instrucción y la libertad de comunicación (art. 1.1)⁵². De otra, se fijan, mediante el sistema de la lista abierta, los servicios esenciales o actividades productivas específicas cuyo desarrollo afecta al disfrute de los derechos constitucionalmente tutelados⁵³.

El sistema de lista es seguido igualmente por la legislación argentina que, pese a haber sido influida por la ley italiana⁵⁴, se separa del patrón en temas no menores. A semejanza de aquella, también ésta contiene una relación de derechos de la persona a cuya satisfacción se ordenan los servicios esenciales, mencionando como tales: “la vida, la salud, la libertad y la seguridad de parte de la población o de las personas”. Pero a diferencia del modelo o patrón, no establece una vinculación entre derecho constitucional afectado y servicio esencial afectante, cuya enumeración, por otra parte, se efectúa conforme a una técnica ejemplificativa exageradamente abierta. Además de los servicios que expresamente se mencionan⁵⁵, integran esta categoría “todos aquellos en los que la extensión, duración u oportunidad de la interrupción del servicio o actividad productiva pudiera poner en peligro”

⁵¹ Cfr. TREU, “L’ambito di applicazione...”, cit., p. 10.

⁵² Como puede comprobarse con la mera lectura, los derechos fundamentales afectados pertenecen a la esfera jurídica de las personas, quedando excluidos los derechos de contenido económico-patrimonial. Vid. MARIUCCI, L., “La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: problemi chiusi e aperti”, *Lavoro e Diritto* 1990, núm. 4, p. 539.

⁵³ Cfr. art. 1.2 de la ley 146/1990. En tal sentido y por ilustrar la afirmación con un ejemplo, la legislación italiana establece que, en el ámbito de la libertad de comunicación (derecho fundamental cuyo disfrute se garantiza), los servicios esenciales son: correos, telecomunicación e información radiotelevisiva pública. Para un mayor detalle, además de la bibliografía citada, vid., entre otros: RUSCIANO, M./SANTORO PASSARELLI, G. (a cura di), “Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge n. 146”, Milán (Giuffrè) 1991 y FRANCO, I., “Lo sciopero nei servizi essenziali e nel pubblico impiego”, *Bolonia (Il Mulino)* 1992.

⁵⁴ Me refiero al Decreto 2184/1990, de 17 de octubre, dictado “bajo el influjo y al mismo tiempo con la excusa de la legislación italiana”. Cfr. ACKERMAN, M., “La huelga en Argentina”, en PASCO COSMÓPOLIS (Coord.), “La huelga en Iberoamérica”, cit., p. 19. Creo, no obstante, que el enunciado de la cláusula general de los derechos tiene su fuente más próxima de inspiración en la doctrina del Comité de Libertad Sindical, a tenor de la cual son servicios esenciales aquellos “cuya interrupción pondría en peligro en toda o parte de la población la vida, la salud o la seguridad de las personas”. Conforme con esta apreciación, LÓPEZ, J., “La huelga en el derecho argentino”, en AA.VV., “Reglamentación del Derecho de Huelga”, Madrid (MTSS) s/f, p. 61. Vid. HODGES-AEBERHEAD/ODERO DE DIOS, “Los principios del Comité...”, cit., p. 520. Para un estudio más detallado del ordenamiento argentino, CORTE, N.T., “Regulación de la huelga en los servicios esenciales”, Buenos Aires (Rubinzal-Culzoni) 1991.

⁵⁵ Sanitarios y hospitalarios; transporte público; producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles; servicios de telecomunicaciones; educación primaria, secundaria y universitaria; administración de justicia. Esta enumeración resulta más amplia que la que podría deducirse de las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Cfr. LÓPEZ, J., “La huelga en el derecho argentino”, cit., p. 62.

los derechos de la persona antes citados (art. 1º). Es ésta una fórmula que, además de introducir una notable inseguridad jurídica, crea una cierta confusión, a mi juicio, entre servicio esencial y garantías para su mantenimiento. Una vez que se opta por la noción teleológica, la esencialidad de un servicio depende única y exclusivamente de su conexión instrumental con los derechos fundamentales de los ciudadanos y no de las concretas circunstancias que concurren en una huelga. Estas podrán ser valoradas a los efectos de la fijación de las prestaciones indispensables para garantizar su mantenimiento, pero en modo alguno a los de la definición de un servicio como esencial⁵⁶. He de volver más adelante sobre este extremo.

11. Como ya se ha tenido oportunidad de indicar con anterioridad, en el ordenamiento español, una vez fracasadas las distintas iniciativas legislativas de desarrollo del art. 28.2 de la Constitución⁵⁷, la delimitación de la noción de servicio esencial ha corrido a cargo de la jurisprudencia constitucional, a la que también ha correspondido, esta vez en colaboración con la jurisprudencia ordinaria, ejercer el control de las medidas adoptadas por la autoridad gubernativa desde la perspectiva de su ajuste a las exigencias constitucionales. Nuestro ordenamiento se encuentra instalado, así pues, en una situación de anomia normativa, suplida por el TC que, en la medida de lo posible, procura corregir y completar la inacción del legislador⁵⁸.

En todo caso, la noción de servicio esencial elaborada por la jurisprudencia constitucional⁵⁹ requiere para su mejor comprensión algunas consideraciones complementarias. En primer lugar, conviene destacar que, en el decir del TC, son esenciales no sólo aquellos servicios de los que dependa la satisfacción de los “derechos fundamentales y libertades públicas”

⁵⁶ También responde a este modelo la ley portuguesa 30/1992, de 30 de octubre, que opta por un catálogo cerrado de servicios esenciales (art. 8º).

⁵⁷ De todas las iniciativas adoptadas en el curso de los últimos quince años, la más elaborada correspondió al proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993 (Su texto puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, de 24-2-1993). El proyecto incorporaba la noción finalista de servicio esencial construida por la jurisprudencia constitucional, haciendo suya igualmente la técnica italiana del “doble círculo”, bien que con una doble y nada desdeñable diferencia: utilizaba la fórmula de la cláusula general, en lugar del catálogo cerrado, para definir los derechos constitucionales afectados y optaba por un elenco cerrado, en lugar de abierto, de los servicios esenciales. En todo caso, dicho proyecto de ley decayó como consecuencia de la disolución de las Cámaras y la ulterior convocatoria de elecciones generales, sin que el mismo fuera recuperado en la legislatura siguiente. Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, “La determinación legislativa de los servicios esenciales...”, cit., pp. 201 y ss; GARCÍA PERROTE, I., “El proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo”, Santander (Pub. Universidad de Cantabria) 1993, pp. 31 y ss y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La definición de servicios esenciales en el Proyecto de Ley de Huelga” en “Homenaje a Juan García Abellán”, Murcia (Pub. Universidad) 1994, pp. 295 y ss.

⁵⁸ Con razón, esta pasividad ha sido criticada por el propio TC, que ha señalado que “la falta de desarrollo adecuado del mandato (constitucional) origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga (...)”. Cfr. sentencia 123/1990, de 2 de julio (BOE 30-7), F.J. 4º.

⁵⁹ La bibliografía sobre los servicios esenciales es muy abundante. Además de la ya citada en otros lugares del presente trabajo, pueden consultarse los siguientes estudios: RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “En torno a la huelga en los servicios esenciales”, Relaciones Laborales 1987-II, pp. 37 y ss; GARCÍA MURCIA, J., “Huelga en servicios esenciales”, Revista Española de Derecho del Trabajo 1989, núm. 39, pp. 485 y ss; BORRAJO DACRUZ, E., “Garantía de los servicios frente al derecho de huelga”, Actualidad Laboral 1990, núm. 47; BAYLOS GRAU, A., “La regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales. Algunos puntos críticos”, Revista de Treball 1990, núm. 12, pp. 9 y ss; RAMÍREZ MARTÍNEZ, M., “El derecho de huelga en los servicios esenciales.

sino, además y también, “de los bienes constitucionalmente protegidos”. Dicho en otras palabras, las restricciones impuestas al ejercicio del derecho de huelga provienen de la exigencia de conciliar este derecho constitucional con otros derechos de rango igualmente constitucional sino, además, por la necesidad de preservar aquellos bienes derivados mediata o indirectamente de los mismos. Por este lado, los derechos fundamentales que, en el ordenamiento español, pueden contraponerse al derecho de huelga son, desde luego, los textuales, de neta raíz personal (vida, salud, libertad de comunicación, etc.); pero también lo son los “bienes” amparados en un valor constitucional o a él vinculado, que trascienden el elemento personal para adoptar una vestidura económico-patrimonial⁶⁰.

La incorporación de los bienes constitucionalmente protegidos al elenco de servicios esenciales cuya satisfacción puede quedar comprometida y, por lo mismo, justificada la moderación o restricción a su ejercicio constituye uno de los aspectos más vulnerables de la doctrina elaborada por el TC, ofreciendo el flanco a una discutible ampliación de la noción de servicio esencial. La “paz social”, el “progreso económico”, el “orden financiero”, el “regular y eficaz funcionamiento de la Administración Pública”, la “organización del esparcimiento y ocio de los ciudadanos” brindan un reducido pero significativo muestrario de bienes o valores que pueden acceder forzosamente a la dignidad de los bienes constitucionalmente protegidos, disolviendo, más allá de los ejemplos, la propia noción de servicios esenciales o, al menos, dilatando su sentido más allá de sus contornos razonables⁶¹.

Ha hecho notar el TC – y se trata de la segunda observación – que, “*a priori* no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial”, de suerte que “sólo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los bienes constitucionales” exija el mantenimiento del servicio, “y en la medida y con la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes en la misma”⁶².

Planteamientos jurisprudenciales recientes”, Revista de Treball 1990, núm. 14, pp. 9 y ss; MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Huelga en servicios esenciales para la comunidad”, en AA.VV., “Estudios sobre la huelga”, Madrid (Acarl) 1992, pp. 79 y ss; ALONSO OLEA, M., “Huelga y mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. El estado de la cuestión”, Revista Española de Derecho del Trabajo 1993, núm. 58, pp. 201 y ss y GÁRATE CASTRO, J., “Derecho de huelga y servicios esenciales”, Revista Española de Derecho del Trabajo 1996, núm. 75, pp. 5 y ss.

⁶⁰ Vid. VALDES DE LA VEGA, B., “Los bienes constitucionalmente protegidos como límite al derecho de huelga”, Revista Española de Derecho del Trabajo 191, núm. 46, pp. 351 y ss.

⁶¹ En sentido contrario al aquí expuesto, RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El derecho de huelga...”, cit., p. 12. En un sentido más coincidente con el aquí defendido, PÉREZ DE LOS COBOS, “La definición de los servicios esenciales...”, cit., p. 298, que pone de manifiesto como los bienes constitucionales pueden recibir una tutela indirecta; esto es, será protegido en la medida en que forme parte del contenido de los derechos y libertades fundamentales. El ejemplo más claro de esta tutela indirecta lo ofrece el “medio ambiente”, que habrá que salvaguardar sólo en aquellos casos en los que se ponga en riesgo la vida o la salud de las personas.

La jurisprudencia ordinaria utiliza en ocasiones conceptos que nada tienen que ver, ni en nada se relacionan ni tan siquiera con la noción “valores constitucionales”, hablando así de “intereses generales”, “bienestar social” o “intereses nacionales”, que son expresiones que no pueden ocultar su parentesco formal y de fondo con concepciones autoritarias.

⁶² Por ejemplo, sentencias 21/1981 (F.J. 10), 51/1986 (F.J. 2º) y 43/1990 (F.J.5º), todas ellas citadas.

La expresada imposibilidad de concretar apriorísticamente un catálogo o relación de servicios es, sin embargo, una tesis con la que no se puede coincidir. La esencialidad es un atributo de una organización prestacional de servicios desligado de las concretas circunstancias de la huelga, aspectos éstos de todo punto inservibles para privar o conceder a un servicio la cualidad de esencial. En realidad, el criterio del TC de someter la condición esencial de un servicio a factores ajenos al mismo o, si se prefiere, a elementos derivados del modo como se ejerce el derecho de huelga, incurre en el defecto de tratar indiferenciadamente conceptos diferentes y objetivamente diferenciados, cuales son, por una parte, los servicios esenciales y, por otra, las garantías que para el mantenimiento de los mismos puedan adoptarse y que resulten aflictivas para el derecho de huelga. Son éstas, y no aquéllos, las que pueden variar de intensidad y alcance en atención a las concretas circunstancias de la huelga y, por lo mismo, son éstas, y no aquellos, los que no consienten precisiones apriorísticas. Los derechos a la educación, a la salud o a la libre circulación de los ciudadanos – por evocar unos ejemplos ilustrativos – son, siempre y en cualquier circunstancia, servicios esenciales para la comunidad, concebidos como “servicios que atienden la garantía o ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”. Cuestión distinta es el tipo de medidas que deban adoptarse para preservar esos derechos y que, ahora sí, puede requerir un juicio de adecuación entre los bienes e intereses a satisfacer y la restricción impuesta al derecho de huelga en cada caso⁶³.

7 Público y privado en la noción de servicios esenciales

12. Definido el servicio esencial en atención a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación va dirigida, las Administraciones Públicas, configuradas en su acepción más clásica como prestadoras de servicios asistenciales, no se integran, en bloque y sin otras matizaciones que las que brinda su condición, en la categoría de servicios esenciales, cuyo mantenimiento deba promoverse en aras de un interés comunitario. Tan sólo aquellas organizaciones o entes administrativos que se relacionen directa o mediatamente con los derechos fundamentales y libertades públicas participan de la nota de esencialidad y sólo en ellos, por tanto, serán aplicables las garantías legalmente instituidas. Una inteligencia contraria introduce un factor de diferenciación en el tratamiento de la huelga basado en el carácter público o privado del sujeto que hace suyas las utilidades del trabajo, criterio éste que resulta incompatible con la perspectiva teleológica de la noción de servicio esencial.

La singularidad de esta noción se fundamenta, como en tantas ocasiones a lo largo del presente trabajo ha sido señalado, en la instrumentalidad del servicio para procurar el disfrute de derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, resulta de todo punto indiferente para la calificación de un servicio como esencial la titularidad pública o privada del

⁶³ Conformes con esta tesis, RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El derecho de huelga...”, cit., pp. 13 y ss; DE LA VILLA GIL, L.E., “Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 1991, núm. 47, pp. 441 y ss, esp. 445 y ss y GÁRATE CASTRO, “Derecho de huelga y servicios esenciales”, cit., p. 12.

mismo⁶⁴. Servicio público y servicio esencial no son nociones equivalentes o intercambiables, pudiéndose representar de manera gráfica la relación recíproca entre ambos conceptos evocando la imagen de dos planos separados pero con una zona de intersección, compuesta por los servicios esenciales gestionados por entes u organismos administrativos así como en régimen de derecho privado. Fuera de esa zona común, se encuentran otras dos áreas integradas, respectivamente, por los servicios públicos y privados faltos de la nota de esencialidad. La cualidad de público ni participa en la delimitación de lo que deba entenderse por servicio esencial ni aporta singularidad alguna a las eventuales restricciones que se establecen en el ejercicio del derecho de huelga.

Al atender la noción de servicio esencial a la vinculación entre organización y derechos fundamentales de la persona, las medidas adoptadas para garantizar la continuidad en la prestación del servicio han de afectar al ejercicio del derecho de huelga y no a su titularidad. Desde la lógica en la que se mueve la noción finalista de esencialidad, queda excluido del repertorio de medidas ordenadas a asegurar el mantenimiento del servicio aquellas que impliquen la supresión del derecho de huelga a un colectivo de trabajadores o de funcionarios públicos en atención única y exclusivamente de su estatuto jurídico. Enunciada la idea con criterios de mayor generalidad, la moderación del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad es una exigencia aplicable al personal de los mismos considerado en su conjunto; es decir, al margen y con independencia de la naturaleza jurídica de su concreta relación.

III – Las garantías de la no interrupción de los servicios esenciales en caso de huelga

8 Criterios generales de selección y aplicación

13. De ordinario y como tendencia generalizada, el tratamiento jurídico singular al que se somete a las huelgas que se organizan y ejecutan en servicios comunitarios no lleva aparejada la anulación de su ejercicio para el personal que tiene a su cargo la ejecución de las prestaciones esenciales⁶⁵. La calificación de un servicio como esencial implica primera y básicamente la adopción de aquellas medidas que garanticen la no interrupción de las actividades comunitarias que satisfacen derechos fundamentales de la persona. Como ya se ha indicado, se trata de utilizar y poner en práctica los medios técnicos aptos para componer la colisión que tienen lugar entre derechos de rango equiparable: el de los trabajadores o funcionarios a abstenerse colectiva y concertadamente de prestar su trabajo

⁶⁴ Es ésta una conclusión generalizada en los distintos ordenamientos. Vid., entre otros, TREU, “L’ambito di applicazione...”, cit., p. 19; LYON-CAEN, “Sciopero e servizi pubblici...”, cit., p. 517; BAYLOS GRAU, “Derecho de huelga...”, cit., pp. 94 y ss; SIMPSON, “L’autotutela collettiva nel settore pubblico in Inghilterra...”, cit., pp. 536 y ss. Tampoco en Alemania, y abstracción hecha de la prohibición de huelga a los funcionarios, las restricciones al derecho de huelga se detienen en los servicios esenciales gestionados directamente por el Estado. Vid. las consideraciones de JUNKER, “Huelga y servicios esenciales”, cit., p. 199.

⁶⁵ La doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT admite, en relación con los trabajadores de los servicios esenciales, tanto las restricciones al ejercicio del derecho como las prohibiciones de recurrir a la huelga. Vid. HODGES AEBEHEAD/ODERO DE DIOS, “Los principios...”, cit., pp. 525 y ss. También VON POTOBOSKY, G./BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H.G., “La Organización Internacional del Trabajo”, Buenos Aires (Ed. Astrea) 1990, pp. 262 y ss.

como medio de defender sus intereses y el de los ciudadanos al ejercicio de los derechos fundamentales.

El repertorio de las garantías precisas para mantener los servicios esenciales varía de ordenamiento a ordenamiento⁶⁶. La exigencia de un plazo de preaviso, el sometimiento previo a fórmulas de conciliación o mediación, el establecimiento de un arbitraje obligatorio, la fijación de unos servicios mínimos o prestación de trabajos indispensables, la adopción de medidas de sustitución de los trabajadores en huelga y su movilización conforman el catálogo básico de aquellas garantías, que actúan sobre el ejercicio del derecho de huelga o sobre sus consecuencias con una intensidad variable.

Y también son plurales las fuentes de fijación de las tan repetidas garantías, que no proceden ni se contienen única y exclusivamente en normas, sean de origen estatal o se encuentren contenidas en convenios colectivos o acuerdos sociales. También comprenden códigos y prácticas de autorregulación acordados por las organizaciones sindicales⁶⁷.

No son estos momento ni lugar apropiados para entrar en un detallado estudio de todas y cada una de las medidas aflictivas del derecho de huelga que se contemplan en los diversos ordenamientos. En un trabajo al estilo del presente, parece más adecuado mantener la reflexión en un nivel medio de abstracción, procediendo a poner de manifiesto algunos de los criterios generales que han de presidir la elección y aplicación de las medidas enderezadas a asegurar la no interrupción de los servicios esenciales. Y todo ello sin perjuicio de ocuparme, en términos breves y esquemáticos, de la garantía más típica y recurrente para garantizar el citado objetivo: los servicios mínimos.

14. En los ordenamientos jurídicos en los que la huelga es un derecho real y efectivo, integrado en el catálogo de derechos fundamentales constitucionalmente tutelados, las restricciones a su ejercicio derivadas de la defensa de intereses comunitarios no se configuran en modo alguno como ilimitadas o absolutas; antes al contrario, se encuentran sujetas a un criterio de moderación. Esta idea ha sido expuesta con meridiana claridad por la jurisprudencia constitucional española. “La limitación del derecho de huelga es una excepción puesta a su normal ejercicio”⁶⁸ y, por consiguiente, la selección y la aplicación de las medidas necesarias para asegurar la continuidad del servicio de importancia vital están sometidas al principio de la restricción menos gravosa. En otras palabras, la relación entre ejercicio del derecho de huelga y garantía del mantenimiento del servicio esencial es una relación compleja, rica en matices y llena de zonas fronterizas y de implicaciones recíprocas que no es dable ignorar, bordear o quebrantar con el recurso a esquemáticas invocaciones de la defensa a ultranza del interés comunitario.

⁶⁶ Para más detalle, vid. autores citados en nota (5).

⁶⁷ Sobre las distintas técnicas de regulación de los servicios esenciales y sus garantías, vid., entre la abundante bibliografía: SCIARRA, S., “Il ‘conflitto fra gruppi’ nei servizi essenziali”, *Lavoro e Diritto* 1988, núm. 4, pp. 667 y ss; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Los dos debates políticos sobre la promulgación de una ‘nueva ley’ de huelga y la estrategia diferenciada de los sindicatos”, *Relaciones Laborales* 1992, núm. 12, pp. 9 y ss y CASAS BAAMONDE, M.E., “Los procedimientos de fijación de los servicios esenciales”, en AA.VV., “Ley de Huelga”, cit., pp. 219 y ss.

⁶⁸ Cfr. sentencia 26/1981, citada (F.J. 14).

Por lo pronto, mantener el servicio esencial significa establecer una cobertura adecuada para preservar los intereses sociales que dicho servicio satisface. En ocasiones, la consecución de ese nivel demandará la conservación del funcionamiento normal de las prestaciones esenciales; en otras, bastará implantar una reducción de intensidad variable respecto de los estándares de funcionamiento habitual. La opción en favor de una u otra medida – así como de las fórmulas graduales que ésta segunda consiente – es, desde luego, una decisión política; pero sujeta a un control jurídico en el que habrá de ponderarse el grado de conformidad de la medida restrictiva adoptada al objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales, entre ellos el propio derecho de huelga.

En concreto, la determinación de cuál ha de ser el nivel de cobertura adecuada depende de distintas variables cuya valoración da la medida de lo que deba entenderse como mantenimiento del servicio esencial. En esquemática síntesis, tales variables son, de un lado, las circunstancias particulares de la huelga y, de otro, la repercusión de la interrupción de las prestaciones esenciales sobre los intereses comunitarios.

Los factores del primer grupo consisten, fundamentalmente, en la duración de la huelga, en su extensión territorial y personal y en el momento de su realización. No es lo mismo una huelga de carácter demostrativo o de unas horas que una huelga indefinida; una huelga de parte del personal que una general; una huelga de una fracción del servicio (unas líneas del transporte urbano) que otra que afecte a toda la organización (la red de transporte, en conjunto). También la data de la huelga, sobre todo de aquella que incide en la libertad de circulación de los ciudadanos, es una circunstancia a valorar, de modo que los sacrificios que soportan los usuarios en las fechas “en las que se produce el desplazamiento masivo de personas, en el contexto de una práctica social generalizada, mayoritariamente ejercitable en dichas fechas” son “cualitativa y cuantitativamente muy superiores a los que ellos padecen con las medidas de conflicto practicadas” en otras secuencias temporales. En consecuencia, las garantías para el mantenimiento de los servicios esenciales pueden establecerse en niveles superiores “a los que serían admisibles en otras fechas y en las que no concurren las circunstancias señaladas”⁶⁹.

Los factores del segundo grupo se asientan sobre la idea de que las prestaciones esenciales, si bien coinciden en atender intereses igualmente esenciales, pueden repercutir de forma diferente en la vida ciudadana. De ahí la necesidad de introducir un principio de proporcionalidad entre los sacrificios impuestos a los titulares del derecho de huelga y los que soportan los usuarios de aquellas prestaciones.

En la apreciación de “la regla de la proporcionalidad de los sacrificios”, de otro lado, ha de valorarse la recíproca sustituibilidad de los diferentes servicios (o establecimientos o centros de trabajo) que en un momento dado concurren a satisfacer intereses similares. A mayor dificultad de sustitución, la garantía precisa para el mantenimiento del servicio esencial ha de tornarse más rigurosa y estricta y, viceversa, cuanto mayores sean las facilidades para una prestación alternativa de servicios menor intensidad necesitará alcanzar

⁶⁹ Tales son los términos en los que se expresa la sentencia del TC 43/1990, citada (F.J. 6º).

esa garantía, que puede incluso hacerse innecesaria al no comprometer el libre ejercicio de los derechos fundamentales o al hacerlo en términos que, de adoptarse una medida de restricción de la huelga, quebrantaría la citada regla de proporcionalidad de los sacrificios. Por lo demás y en su calidad de criterio que interviene en el comentado juicio de adecuación, la evaluación de la sustituibilidad no puede efectuarse mediante el expediente de invocar los tópicos de la “comodidad”, “rapidez” o “eficacia”⁷⁰. Al margen de que su aplicación no resulta fácil ni tan siquiera en el nivel de funcionamiento regular del servicio esencial, con este procedimiento se vacía el contenido del derecho de huelga.

9 El servicio mínimo: concepto

15. Dentro del catálogo de medidas empleadas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales y, por tanto, el disfrute de los derechos fundamentales, el establecimiento de un servicio mínimo constituye una de las garantías más frecuentes contempladas por los ordenamientos jurídicos⁷¹. La exigencia de observar durante una huelga un servicio mínimo pertenece al grupo de restricciones que actúan directamente sobre el ejercicio del derecho de huelga: reducen el número potencial de adherentes a ella, sustrayendo a una parte del colectivo afectado por la convocatoria del conflicto la facultad de secundarlo. El servicio mínimo no niega la titularidad del derecho de huelga; limita su ejercicio, imponiendo la obligación de continuar los trabajos imprescindibles para mantener el servicio esencial. La garantía del servicio esencial significa, en suma, la conservación de un nivel de actividad laboral indispensable, cuya determinación caso por caso es el resultado del juicio de adecuación de la fijación del servicio mínimo al objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales. El nivel de cobertura de los servicios mínimos se sitúa así en un área móvil y cambiante, limitada por dos fronteras infranqueables: la huelga total y el funcionamiento regular y normal del servicio esencial. Aquella deja inermes los intereses comunitarios a los que sirven los servicios esenciales; esta otra anula el derecho de huelga, vaciándolo de su contenido. Una y otra, en fin, comportan la ruptura del tantas veces citado juicio de adecuación.

⁷⁰ Cfr. MARTÍN VALVERDE, “El derecho de huelga...”, cit., p. 247.

⁷¹ En Francia, se establecen mínimos de actividad de servicios en ciertos sectores, como las comunicaciones, televisiones o energía. Con carácter general, vid. SINAY/JAVILLIER, “Le droit de grève”, cit., pp. 388 y ss. Con un alcance más sectorializado, PLOUVIN, J.Y., “La irresistible ascension du service minimum dans le service public national de la radiodiffusion et de la television.. et ailleurs”, *Droit Social* 1967, junio, pp. 243 y ss; LEYMARIE, C., “Le droit de grève a la Radiodiffusion française”, *Droit Social* 1980, junio, pp. 7 y ss y TURPI, D., “Le droit de grève face a un nouveau principe de valeur constitutionnelle”, *Droit Social* 1980, noviembre, pp. 441 y ss. En Italia, la “precettazione”, tanto la histórica como la vigente establecida en la ley de 1990, guarda mucha semejanza con el servicio mínimo. Para la legislación anterior, GENOVIVA, P., “Profili costituzionali dello sciopero”, en AA.VV., “Lo sciopero”, Turín (Utet), 1984, pp. 74 y ss. En relación con el régimen de la normativa actual, por todos, SANTONI, “Lo sciopero”, cit., pp. 167 y ss y ROCELLA, M., “La precettazione rivisitata”, en AA.VV., “Sciopero e servizi essenziali”, cit., pp. 81 y ss. En el ordenamiento español, el servicio mínimo constituye la medida típica para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales. Para un completo examen de la jurisprudencia constitucional recaída en la materia, vid. GÁRATE CASTRO, “Derecho de huelga...”, cit., pp. 20 y ss y TORRENTE GARI, “El ejercicio del derecho de huelga...”, cit., pp. 225 y ss. Para el régimen del servicio mínimo en Argentina, vid. CORTE, “Regulación de la huelga...”, cit., pp. 177 y ss.

A pesar de que los servicios mínimos integran el cuadro de garantías ordenadas a promover la no interrupción de los servicios esenciales, hay una acusada tendencia a confundir ambas nociones. El servicio mínimo no es la cuota del servicio que es esencial para el libre ejercicio de los derechos de la persona en liza; es la cuota o parte de la actividad laboral que no cabe interrumpir en un servicio esencial, so pena de dañar de manera irremediable los derechos y bienes fundamentales que entran en conflicto con el derecho de huelga. Los servicios mínimos no representan la parte del servicio que es esencial, pues, como ya se ha razonado, la esencialidad encarna en una unidad inescindible, al margen y con independencia de la dimensión de la organización prestacional. Dichos servicios expresan en el seno de un servicio esencial el nivel de cobertura adecuado a la consecución de los fines que satisfacen esta concreta garantía. Si para atender a los servicios sanitarios de urgencia se establece un servicio mínimo equivalente al noventa por ciento de los médicos y ayudantes sanitarios que componen sus respectivas plantillas, ello no significa que lo esencial sea esa cuota de los servicios de urgencia. Lo esencial son los derechos de salud y a la vida, para cuya protección, valoradas las circunstancias concurrentes (formulado el juicio de adecuación), se fija un umbral de trabajo indispensable, por debajo del cual esos derechos pueden experimentar una lesión irreparable y, por encima, es el derecho de huelga el derecho agredido en su contenido esencial.

En ocasiones, los servicios mínimos, garantía para el mantenimiento de los servicios esenciales, también se confunden con los servicios de mantenimiento; esto es, con la obligación que algunos ordenamientos hacen recaer sobre la organización sindical convocante de la huelga u otro órgano de constitución *ad hoc*⁷² de adoptar las medidas necesarias para asegurar, durante el período de huelga, la seguridad de las personas y de las cosas⁷³. La neta diferenciación que presentan servicios mínimos y servicios de mantenimiento puede quedar ensombrecida en la práctica, sin embargo, al comprender el nivel de trabajos indispensables actividades ordenadas al mantenimiento de la integridad de las cosas. Ello aparte, es evidente que una cosa es el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos y otra bien distinta el respeto a los intereses patrimoniales del empresario⁷⁴, no siendo admisible camuflar como servicio mínimo o como servicio de mantenimiento medidas tendentes a preservar la organización de bienes que sustenta la empresa, manteniendo la explotación disponible para la producción.

⁷² Tal es el caso de la legislación española, en la que los convocantes de la huelga han de designar un denominado Comité de Huelga. Vid. SEQUEIRA DE FUENTES, M., “El comité de huelga”, en AA.VV., “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales”, Madrid (Pub. del Centro de Estudios Constitucionales) 1983, pp. 257 y ss.

⁷³ En el ordenamiento español, vid. DE LA VILLA GIL, L.E., “Los servicios de mantenimiento en la empresa”, en AA.VV., “Estudios sobre la huelga”, cit., pp. 101 y ss y GONZÁLEZ BIEDMA, E., “Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa”, Madrid (Ed. Civitas) 1992. En el ordenamiento alemán, los servicios de mantenimiento tienden a ser calificados como servicios esenciales. Vid. JUNKER, “Huelga...”, cit., pp. 203 y ss.

⁷⁴ Cfr. MARTÍN VALVERDE, “El derecho de huelga...”, cit., p. 247.

VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – A REVOGAÇÃO PELO COSTUME: DESUSO E COSTUME NEGATIVO EM FACE DA PAUTA INTERPRETATIVA DA PROPORCIONALIDADE

*Gustavo de Carvalho Guadanhin**

Sumário: 1 Introdução. 2 Fontes formais e fontes materiais. 3 Definição do conceito de costume e determinação de seus elementos constitutivos. 4 Fundamento do costume como fonte formal de direito. 5 Hierarquia entre fontes de direito. 6 Ordenamento jurídico como sistema dinâmico de normas. 7 Coerência do ordenamento jurídico e costume *contra legem*. 8 O costume *contra legem* em face do ordenamento jurídico brasileiro. 9 O descompasso entre a lei escrita e as transformações sociais. 10 O conteúdo da pauta interpretativa da proporcionalidade. 11 A interpretação. 12 Limitação do conteúdo de uma atividade interpretativa. 13 A proporcionalidade de uma norma em face de um *mínimo de eficácia*. 14 Conclusão.

1 Introdução

Um ordenamento jurídico dinâmico pressupõe o surgimento sucessivo de normas que freqüentemente entram em conflito, restando saber qual está *apta* para regular relações jurídicas. A aptidão para regê-las deverá indagar não só a *validade*, mas também a *eficácia* das normas questionadas.

Nesse sentido é que será tratado o problema em face do costume: a) seja para verificar se ele pode revogar uma norma contida em uma lei escrita; b) seja para considerar a aplicabilidade – e seus fundamentos – de uma norma cuja eficácia social é questionada.

2 Fontes formais e fontes materiais

Não se pode ignorar, nesse ponto, a distinção operada entre *fontes formais* e *fontes materiais* do direito. Nestas há uma pesquisa filosófica ou sociológica dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito; ao passo que aquelas seriam os processos ou os meios pelos quais normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória¹, ou seja, fontes formais são instrumentos introdutórios de normas jurídicas em um dado ordenamento. Dessa forma, o que se propõe a desenvolver é a determinação do costume como fonte formal do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

* Gustavo de Carvalho Guadanhin é graduando em Direito pela Universidade de São Paulo.

¹ Reale, M. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 140.

3 Definição do conceito de costume e determinação de seus elementos constitutivos

Mas o que é o costume e quais são seus elementos constitutivos? De longa data é a tentativa de uma definição. Justiniano já dizia que o uso diuturno de um costume teria a mesma força de uma lei².

Bem colocada é a definição dada por Vicente Ráo³, pela qual o costume é uma “regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”.

Por ela é possível perceber que, por ser o costume um elemento de introdução de normas menos estável que a lei, cuidados devem ser tomados para seu reconhecimento, de modo que não abale a segurança jurídica das relações sociais.

Assim, dessa definição, podem-se retirar dois elementos constitutivos⁴: 1) um externo (material ou de fato), que é o *uso* (ou prática), que deve ser (a) uniforme, pressupondo reiterada repetição da mesma prática para que seja possível a extração de uma norma jurídica segura, (b) constante, ou seja, não-interrompido, pois as normas jurídicas não possuem vigência alternada, (c) público, obrigando a todos e sendo por todos conhecido, e (d) geral, atingindo a todos; e 2) um interno (elemento psicológico), a *opinio iuris et necessitatis*, que consiste na convicção de que a observância da norma costumeira corresponde a uma necessidade jurídica, disso resultando sua obrigatoriedade.

Questão de difícil solução é a que se apresenta com relação ao tempo em que ele é observado, pois ao lado daqueles cuja prática é imemorial (*longa consuetudo*), há aqueles de prática relativamente recente (*diuturni mores*). Por isso, F. C. Savigny⁵ pondera que, não sendo possível atribuir a origem dos costumes a um fato exterior determinado e preciso, também não se pode remontar a uma época determinada seu início, uma vez que seu desenvolvimento ocorre de maneira invisível. Portanto, não resta ao juiz, senão, considerar a natureza do fato, as circunstâncias do caso, e verificar a presença dos requisitos supracitados⁶.

4 Fundamento do costume como fonte formal de direito

É possível identificar três correntes doutrinárias que justificam costume como fonte de direito⁷: a) a doutrina *romano-canônica*, que reduz o costume à lei, pois possuem o mesmo fundamento de juridicidade, qual seja, a vontade do povo, com a diferença de ser expresso ou tácito o modo de expressão dessa vontade; b) a *doutrina moderna*, que situa o

² Inst., 1, 2, 9, *in verbis*: “ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur”.

³ *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1, t. 1, p. 287.

⁴ RÁO, Vicente. *O direito* cit. (nota 3 supra), p. 288-289.

⁵ *System des heutigen roemischen Rechts*. v.1 [Trad. fr. M. Ch. Guenoux. *Traité de droit romain*. Paris: Firmin Didot Frères, 1855. v. 1, p. 32-33].

⁶ VINAGRE, M. Costume – forma de expressão do direito positivo. *Revista de Informação Legislativa*, 99, p. 112, 1988.

⁷ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 166-168.

fundamento de validade das normas consuetudinárias na sua adoção pelo Poder Judiciário; e c) a *doutrina da escola histórica*, a única que situa a validade das normas no próprio costume, ou seja, na convicção jurídica popular, no sentimento inato de justiça do povo.

Como nota N. Bobbio⁸, esta última corrente não é seguida, e as outras duas, apesar de imperfeitas, são preferidas pelos juristas (a moderna, por exemplo, não conseguiria explicar a existência de costumes onde não existem juízes que os acolham). Mas o juiz não cria o costume, apenas o reconhece. Isso porque ele preexiste, está *pressuposto* em uma dada sociedade como norma jurídica.

Ora, tomando-se o termo *direito positivo* numa significação mais ampla (ou seja, não se referindo apenas àquele que surge com o Estado Moderno), não é difícil caracterizá-lo como expressão das forças produtivas existentes e que a totalidade das relações de produção, que constituem a estrutura econômica da sociedade, é a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política que corresponde às formas de consciência social determinadas⁹. Por isso, as transformações ocorridas na base econômica alteram a superestrutura sobre ela construída. O direito é, portanto, uma instância de um todo complexo, resultante da interação com as demais instâncias¹⁰. Mas não é só isso, a forma jurídica está contida na base econômica, como *pressuposto* interior à sociedade civil, que a transcende enquanto *posta* pelo Estado ou pela autoridade historicamente competente como direito positivo. Esse fato faz com que o legislador não tenha sempre toda liberdade para criar, visto que o direito pressuposto é um produto cultural que difere de sociedade para sociedade¹¹. Essa é a relação que se toma das fontes formais e fontes materiais do direito.

5 Hierarquia entre fontes de direito

Essa discussão não pode vir desvinculada da preponderância de uma espécie de *fonte de direito* em cada época e de sua função na atual sociedade capitalista. São as relações históricas observadas entre o costume e a lei.

É possível imaginar três situações¹²: a) o costume superior à lei, caso em que se torna difícil encontrar exemplos satisfatórios, mas o certo é que seria admitido o *consuetudo contra legem* e negada a *lex contra consuetudinem*; b) equiparação entre costume e lei, cuja conseqüência é a possibilidade de ab-rogação recíproca, como realmente houve no direito canônico¹³; e c) o costume é inferior à lei, que é a postura teorizada pelo positivismo jurídico a partir da formação do Estado Moderno.

⁸ *O positivismo* cit. (nota 7 supra), p. 168.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 44-45.

¹⁰ GRAU, E. R. *O direito* cit. (nota 9 supra), p. 57-58.

¹¹ GRAU, E. R. *O direito* cit. (nota 9 supra), p. 61-62.

¹² BOBBIO, N. *O positivismo* cit. (nota 7 supra), p. 168-171.

¹³ *O Codex Iuris Canonici* é rico nessa parte de confronto entre costumes e leis, destacando-se os seguintes cânones: "Cân. 5, § 1º – Os costumes, universais ou particulares, vigentes até o presente contra as prescrições destes cânones e que são reprovados pelos próprios cânones deste Código, estão completamente supressos e não se

Uma sociedade primitiva, com baixo grau de complexidade e na qual as mudanças não eram tão perceptíveis, as regras de convivência eram poucas e conhecidas por seus destinatários. Não se pode negar, nesse ponto, a importância dos costumes como instrumento introdutor de normas tanto nas relações internas dos grupos como nas relações externas com outros grupos que possuíam regramentos internos diversos¹⁴.

Essa complexidade aumentou na evolução humana até a sociedade capitalista, que propiciou maior interação entre os grupos e o surgimento de questões mais complexas e específicas, necessitando-se de meios eficazes e rápidos de regramentos uniformes, o que só seria possível mediante órgãos centralizados e o desenvolvimento do conceito de soberania, que veio consolidar-se no Estado Moderno.

deixem reviver no futuro; os outros também são considerados supressos, a não ser que outra coisa seja expressamente determinada pelo Código, ou sejam centenários ou imemoriais, os quais podem ser tolerados se, a juízo do Ordinário, em razão de circunstâncias locais e pessoais, não possam ser supressos.

§ 2º – São mantidos os costumes à margem do direito e vigentes até agora, quer universais, quer particulares.

[...]

Cân. 23 – Tem força de lei somente o costume introduzido por uma comunidade de fiéis, que tenha sido aprovada pelo legislador, de acordo com os cânones seguintes.

Cân. 24, § 1º – Nenhum costume contrário ao direito divino pode alcançar força de lei.

§ 2º – Também não pode alcançar força de lei o costume contra ou à margem do direito canônico, se não for razoável; mas o costume que é expressamente reprovado pelo direito não é razoável.

Cân. 25 – Nenhum costume alcança força de lei se não tiver sido observado, com intenção de introduzir norma jurídica, por uma comunidade capaz, ao menos, de receber leis.

Cân. 26 – A não ser que tenha sido especialmente aprovado pelo legislador competente, um costume contrário ao direito vigente, ou que está à margem da lei canônica, só alcança força de lei, se tiver sido observado legitimamente por trinta anos contínuos e completos; mas, contra uma lei canônica que contenha uma cláusula proibindo costumes futuros, só pode prevalecer um costume centenário ou imemorial.

Cân. 27 – O costume é o melhor intérprete da lei.

Cân. 28 – Salva a prescrição do cân. 5, o costume contra ou à margem da lei é revogado por um costume ou lei contrários; mas, se não fizer expressa menção deles, uma lei não revoga costumes centenários ou imemoriais, nem a lei universal, costumes particulares”.

¹⁴ Pode-se fazer um bom paralelo com o desenvolvimento do Direito Internacional Público. A ausência de um processo centralizado de produção de normas impede a existência de uma hierarquia de fontes, atuando os costumes como importante fonte do direito nas relações interestatais (DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Direito internacional público*. Trad. port. de V. M. Coelho [*Droit international public*. 1992]. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 104-105). É o que se pode notar da leitura do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, parte integrante da Carta das Nações Unidas.

A passagem da visão de coexistência pacífica para a de cooperação se deu pelo rápido desenvolvimento dos meios de transportes e de comunicações, bem como a necessidade de frear o expansionismo bélico e econômico de países em detrimento da autodeterminação de outros faz com que o número de tratados aumente cada vez mais, sendo famosos os trabalhos de codificação dos costumes internacionais pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas e pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (Uncitral).

Atualmente, a criação de inúmeras Organizações Intergovernamentais (a maioria relacionada com uma matéria específica) estabelece uma tendência de harmonização de legislações com edição de regras a serem cumpridas, mesmo que os mecanismos de coerção internacional ainda não sejam tão eficazes (talvez o único exemplo de sucesso seja a Organização Mundial do Comércio).

A interação internacional tem atingido grau de maior desenvolvimento nas organizações regionais (impulsionadas mormente pelas perspectivas de vantagens econômicas), não sendo possível deixar de mencionar a experiência européia com a criação de órgãos supranacionais que emitem regras de competência própria e com um Tribunal para efetivar a aplicação do chamado *direito comunitário*.

Essas observações ressaltam a passagem cada vez mais rápida do direito não-escrito para o direito escrito, no momento em que os costumes não mais dão conta da regulamentação da vida internacional. É um exemplo atual e perceptível daquilo que ocorreu com os ordenamentos internos de cada Estado.

A sucessão histórica mostra que a *luta de classes* só tem sentido dentro do *status* que o direito defere a cada oponente, cujo principal pressuposto é a *propriedade*. O modo de produção capitalista, portanto, caracteriza-se pelo intercâmbio da força de trabalho com o conjunto dos bens socialmente produzidos. Nesse sentido é que a propriedade adquire importância e precisa ser protegida juridicamente. Por isso, a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e necessita do aparato criado com o Estado Moderno.

Nesse momento, os imperativos de segurança jurídica não permitem que se deixe ao costume grande parcela do regramento social, surgindo a *lei* como principal instrumento introdutor de normas jurídicas. O advento do modelo liberal de Estado e direito (universalista) tenta abolir o costume ou, ao menos, relegá-lo à função de fonte secundária. O Estado Social foi construído com uma perspectiva antitradicional e anticostumeira, sobrevivendo o costume apenas por meio de algumas decisões judiciais¹⁵.

Não resta dúvida que a existência de centros normativos faz com que o direito positivo seja a principal *fonte formal*, assumindo a lei uma primazia em relação aos costumes, e a positivação, como um processo, perfaz a institucionalização da mutabilidade das normas de acordo com a base real sobre a qual se institui o direito¹⁶.

6 Ordenamento jurídico como sistema dinâmico de normas

Marco do positivismo jurídico, a noção de *ordenamento jurídico* como um *sistema* é própria do Estado Moderno (centralização normativa e supremacia da lei sobre outras fontes do direito) e representa um complexo composto por um *repertório* (conjunto de elementos normativos e não-normativos) e por uma *estrutura* (conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos do repertório)¹⁷.

Se o Estado deve representar o povo, tem como tarefa traduzir em formas lógicas a intuição popular para captar as necessidades individuais e coletivas para a criação de normas¹⁸. No entanto, como a lei nunca conseguiu abrigar todas as necessidades sociais

¹⁵ LOPES, J. R. L. Costume – redemocratização, pluralismo e novos direitos. *Revista de Informação Legislativa*, 130, p. 71 e 73, 1996.

¹⁶ Atualmente, percebe-se que o Estado, que na definição de D. A. Dallari (*Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118) é a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”, já não mais atende aos fluxos da sociedade capitalista. A relativização do princípio da soberania levou à perda de poder normativo exclusivo dos Estados, fazendo com que novos centros normativos surgissem na determinação do direito, como os organismos multilaterais, as instituições financeiras internacionais e os conglomerados transnacionais. É possível, assim, segundo J. E. Faria (*O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 154), a enumeração de seis principais modos de poder existentes na vida social: a) doméstico, formado pelas relações de parentesco; b) produção (salário/emprego – direito da produção), composto pelas relações industriais, comerciais, financeiras e trabalhistas no âmbito do sistema econômico; c) mercado (capacidade aquisitiva – direito de trocas), constituído pelas relações de distribuição e consumo de mercadorias e serviços; d) comunitário (diferenciação desigual – direito comunitário), integrado pelas relações de vizinhança, associativas ou religiosas; e) cidadania (dominação – direito estatal), composto pelas relações entre os cidadãos e o Estado na esfera pública; e f) mundialidade (trocas desiguais – direito sistêmico), formado pelas relações econômicas e políticas em nível internacional, determinadas em função da posição de cada Estado.

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 175.

¹⁸ RÁO, V. *O direito cit.* (nota 3 supra), p. 277.

(e hoje, como demonstrado, essa aptidão é ainda menor), métodos de integração do sistema foram desenvolvidos e aceitos, entre eles o costume. O que importa notar é que, na coexistência de direito costumeiro e legislativo¹⁹, precisa aquele do reconhecimento deste para que sua obrigatoriedade fique assegurada.

Em face desse reconhecimento é que se faz uma tripartição na classificação dos costumes em: a) *praeter legem*, ao revestir caráter supletivo ante a falta ou omissão da lei; b) *secundum legem*, na hipótese de seu regramento ser reconhecido pela lei; e c) *contra legem*, no momento em que há a criação de uma norma contrária à da lei (costume negativo) ou produz a desaplicação da norma legal (desuso).

Se as duas primeiras estão relacionadas com a *completude do sistema*, ou seja, a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso, não se admitindo lacunas nem a falta de respostas perante uma questão apresentada (*non liquet*)²⁰; a terceira está diretamente relacionada com a *coerência do ordenamento jurídico*, i. e., tomado um ordenamento jurídico como um sistema dinâmico e complexo, com uma pluralidade de fontes e um critério de enquadramento puramente formal (a obrigatoriedade de uma norma deriva da obrigatoriedade de outra imediatamente superior), é possível a existência de duas normas conflitantes dentro do mesmo grau de hierarquia, o que deve ser repellido, pois o ordenamento coerente não pode tolerar antinomias²¹.

7 Coerência do ordenamento jurídico e costume *contra legem*

Se o problema da completude do direito não apresenta maiores problemas, o mesmo não se pode dizer da coerência.

Por isso, admitindo-se que a estrutura de uma norma é, *necessariamente*, a mesma, independentemente de sua fonte de revelação²², tem-se que, em um sistema dinâmico, normas deixem de valer. Essa ordenação se faz por meio de duas regras estruturais²³: 1) a revogação, que significa a perda de validade de uma regra ao ser confrontada com outra, que lhe retira a vigência, podendo ser operada de modo expresso ou tácito (caso de incompatibilidade de conteúdo); e 2) a perda da validade por ineficácia.

O problema da revogação é resolvido por três normas específicas: a) *lex superior* (prevalecendo o critério da hierarquia de normas); b) *lex posterior* (prevalecendo o critério temporal e da atualidade); e c) *lex specialis* (prevalecendo o critério da especialidade no caso de norma geral posterior a norma especial sobre uma mesma matéria).

¹⁹ L. Josserand (*Cours de droit civil positif français*. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1938. v. 1, p. 76-77) faz alusão a um argumento que teria surgido na França de que, nos termos da Constituição, é ao Poder Legislativo que incumbe a missão de criar o direito, exclusivamente, eliminando a possibilidade de revelação direta e espontânea do direito. Mas, em seguida, refuta-o afirmando que uma comunidade social nunca abdicará sua consciência jurídica e que o costume constitui uma das principais forças do direito comercial, afastando a idéia de radicalismo positivista.

²⁰ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. port. M. C. C. L. Santos [*Teoria dell'ordinamento giuridico*. 1982]. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 115-119.

²¹ BOBBIO, N. *Teoria* cit. (nota 20 supra), p. 71-74 e 81.

²² Tanto que C. Bevilacqua (*Theoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946. p. 27) define o costume jurídico como a "observância constante de uma norma jurídica não baseada em lei escripta".

²³ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução* cit. (nota 17 supra), p. 202-204.

Com relação à perda da validade por ineficácia, tem-se, em primeiro lugar, que afirmar que esses conceitos não se confundem. H. Kelsen afirma que a eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade, pois uma ordem jurídica ou uma norma podem ser relativamente ineficazes e ser consideradas válidas, e uma norma absolutamente eficaz pode não ser válida por nem ser considerada norma. Assim, se na análise da vigência não pode ser abstraída a realidade, não se pode identificar esses dois conceitos²⁴. Seria possível, portanto, concluir que para ser válida é preciso que a norma tenha a *possibilidade* de ser eficaz, pois uma norma que determina o impossível não teria validade por não poder ser, desde o início, eficaz²⁵.

Partindo-se desse ponto, podem ocorrer três situações distintas de perda da validade pela ineficácia. A primeira delas é a *caducidade*, ou seja, a superveniência de uma situação (circunstancial ou temporal) prevista na própria norma que a torna inválida a partir de sua ocorrência. É o caso, por exemplo, de uma norma editada para valer ante uma calamidade pública ou por um determinado período (como as normas de transição). A segunda situação é o *desuso*, que está relacionado com o comportamento dos destinatários da norma, que não a cumprem porque, diante de uma nova situação, não se sentem mais obrigados a fazê-lo. Finalmente, tem-se o *costume negativo*, ou seja, omissões que ocorrem diante de fatos que seriam condição de aplicação da norma.

O costume *contra legem*, portanto, encontra seu problema centrado (i) no desuso e (ii) no costume negativo como regras estruturais de resolução de antinomias por perda da eficácia de uma regra jurídica. Nesse ponto, convém traçar melhores diferenças entre as duas categorias.

T. S. Ferraz Júnior, baseado na teoria pragmática do direito, transportando conceitos lingüísticos para as normas, oferece a seguinte explicação, *in verbis*²⁶:

“Por outro lado, a distinção e a conexão entre o sentido pragmático e semântico da efetividade nos permite configurar dois conceitos importantes da teoria jurídica: *desuso* e *costume negativo*. Assim, se uma norma é sinteticamente eficaz, mas é semanticamente inefetiva (é, de fato, regularmente desobedecida), falamos em inefetividade pragmática no sentido de *desuso* ou *desuetudo*, ou seja, omissões que ocorrem diante de fatos que constituem condição para a aplicação da norma. Se, por sua vez, uma norma é sinteticamente ineficaz e é também desobedecida regularmente (semanticamente inefetiva), falamos em inefetividade pragmática no sentido de *costume negativo*, ou seja, omissões que se dão, porque os fatos que seriam condição para a aplicação da norma não ocorrem. Ora, uma norma que entra em desuso não *perde* a sua eficácia, a qual *não existia* no caso de costume negativo. A distinção é importante, se vemos o discurso normativo como instrumento de controle de comportamento. É intuitivo que o sujeito que, numa discussão jurídica, alega costume negativo apresenta,

²⁴ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. port. J. B. Machado [*Reine Rechtslehre*, 1960]. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 238.

²⁵ KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Trad. port. J. F. Duarte [*Allgemeine Theorie der Normen*]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 178-179.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 120-121.

perante o editor, um argumento mais forte que o que alega *desuetudo*, tendo em vista a não-exigibilidade do comportamento. Assim, a própria doutrina (que nasceu no Estado moderno e nele aprendeu a ver a preponderância do direito legislado sobre o costumeiro) se nega, de princípio, o caráter ab-rogatório da lei pelo costume, vacila nos casos em que mudaram as circunstâncias previstas pelo legislador (Geny-Méthode-440-II, Du Pasquier-50). Independentemente do problema da ab-rogação ou da derrogação, podemos reconhecer que só a obediência regular não define a efetividade jurídica (no sentido pragmático) da norma, mas pode afetá-la, aumentando-lhe (ou diminuindo-lhe, no caso de desobediência) a força argumentativa, permitindo uma graduação. Podemos, então, concluir que, no caso de *desuetudo*, a norma que não foi revogada por outra norma mantém a sua eficácia, sendo, pois, aplicável; no caso de *costume negativo*, a norma não foi revogada, mas, sendo ineficaz, não pode ser aplicada”.

Haveria, então, possibilidade de se reconhecer a força revogatória de um costume *contra legem*? Qual a posição do direito brasileiro em face dessa questão?

8 O costume *contra legem* em face do ordenamento jurídico brasileiro

Se no período em que eram vigentes as Ordenações Filipinas o costume era reconhecido como fonte do direito²⁷, a lei da “Boa Razão”, de 18 de agosto de 1769, diante de abusos que estavam sendo cometidos por conta disso, veio estabelecer requisitos para que fossem reconhecidos os costumes: a) conformidade com a boa razão, que deve constituir o espírito das leis; b) não ser contrário a lei alguma; e c) ter mais de cem anos²⁸. Fica claro

²⁷ Ord. 3, 64, *in verbis*:

“Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações Quando algum caso fôr trazido em pratica, que seja determinado per alguma Lei de nossos Reinos, ou stylo de nossa Côrte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja per elles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispoem; porque onde a Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos dispoem, cessem todas as outras Leis, e Direito. E quando o caso, de que se trata não fôr determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado sendo materia, que traga peccado, per os sagrados Cânones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Cânones determinem o contrario.

As quaes Leis Imperiaes mandamos, somente guardar pola boa razão em que são fundadas.

1. E se o caso, de que se trata em pratica, não fôr determinado por Lei de nossos Reinos, stylo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Cânones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, quando por commum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não fôr determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que sua opinião commumente he mais conforme á razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario; salvo, se a commum opinião dos Doutores, que depois delle screveram, for contraria.

2. E acontecendo caso, ao qual por nenhum dos ditos modos fosse provido, mandamos que o notifiquem a Nós, para o determinarmos; porque não sómente taes determinações são desembargo daquelle feito que se trata, mas são Leis para desembargarem outros semelhantes.

3. E sendo o caso, de que se trata tal, que não seja materia de peccado, e não fosse determinado per Lei do Reino, nem stylo de nossa Côrte, nem costume de nossos Reinos, nem Lei Imperial, e fosse determinado pelos textos dos Cânones per hum modo, e per as Glosas e Doutores das Leis por outro modo, mandamos que tal caso seja remetido a Nós, para darmos sobre isso nossa determinação, a qual se guardará”.

²⁸ O texto, *in verbis*:

“14. *Item*: Porque a mesma Ordenação e o mesmo preambulo della, na parte em que mandou observar os *estyllos da Côrte*, e os *costumes* destes Reinos, se tem tomado por outro nocivo pretexto para se fraudarem as minhas Leis;

aqui o reconhecimento apenas dos costumes *praeter legem* e *secundum legem*. Há notícia²⁹ de que apenas o Alvará de 4 de julho de 1789 reconheceu que o desuso podia revogar a lei.

O Código Comercial de 1850 reconhece a existência de costumes jurídicos³⁰, e o Regulamento 738, de 25 de novembro de 1850, em seus arts. 25 e 26, estabelece que eles devem:

“(a) serem conformes aos são princípios da bôa fé e maximas commerciaes e geralmente praticados entre os comerciantes do lugar, onde se acharem estabelecidos, (b) não serem contrarias a nenhuma disposição do Codigo Commercial ou lei depois delle publicada e (c) ter mais de 50 anos; sendo de competência das Juntas Comerciais tomar assento sobre esses costumes”.

Nenhum dos projetos de Código Civil, com exceção do *Esboço*, de Teixeira de Freitas, se ocupou da matéria, fazendo menção de que uma lei somente se revogaria por outra, referindo-se ao costume como forma supletiva³¹. Essa foi a posição tomada pelo Código Civil de 1916³² e pela Lei de Introdução que o seguiu³³. O atual Código Civil de 2002³⁴ também assim o entende. Dos Projetos de Lei de Introdução oferecidos, apenas o Projeto Valladolid (Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas), previu a possibilidade de revogação pelo costume³⁵, se assim fosse confirmado pela jurisprudência. O atual Projeto n. 4.905/95 não repete o mesmo mandamento³⁶.

coabrindo-se as transgressões dellas, ou com as doutrinas especulativas e praticas dos differentes Doutores; ou com certidões vagas extrahidas de alguns Auditorios.

Declaro, que os *estyllos da Côrte* devem ser sómente os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos *Assentos* na Casa da Supplicação; e que o *costume* deve ser sómente o que a mesma Lei qualifica nas palavras – *longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar*: – cujas palavras mando; que sejam sempre entendidas no sentido de correrem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os trez essenciaes requisitos: de ser conforme as mesmas bôas razões, que deixo determinado que constituem o espirito de minhas Leis: de não ser a ellas contrario em cousa alguma, e de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem annos.

Todos os outros pretensos costumes, nos quaes não concorrem copulativamente todos estes trez requisitos, reprovo, e declaro por corruptellas, e abusos: prohibindo que se alleguem, ou por elles se julgue, debaixo das mesmas penas acima determinadas, não obstante todas, e quaisquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrario.

E reprovando como dolosa a supposição notoriamente falsa, de que os Principes Soberanos são ou podem ser sempre, informados de tudo o que passa nos fôros contenciosos em transgressão das suas Leis, para com esta supposição se pretextar a outra igualmente errada, que se presume pelo lapso do tempo o consentimento, e a aprovação, que nunca se estendem ao que se ignora; sendo muito mais natural a présumpção, de que os sobreditos Príncipes castigarão antes os transgressores das suas Leis, se houvessem sido informados das transgressões dellas nos casos occorrentes”.

²⁹ BEVILQUA, C. *Theoria* cit. (nota 22 supra), p. 35.

³⁰ V. a redação dos arts. 129, 2; 130, *caput*; 131, 4; 169, 2; 234, *caput*, da parte revogada pelo Código Civil de 2002. E arts. 673, 3, e 742, I, da parte ainda em vigor.

³¹ BEVILQUA, C. *Theoria* cit. (nota 22 supra), p. 38.

³² V. a redação dos arts. 395, III; 588, § 2º; 1.192, II; 1.215; 1.218; 1.219; 1.221, *caput*; 1.226, III; 1.242 e 1.569, I.

³³ “Art. 4º A lei só se revoga, ou deroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, sinão quando a ella, ou ao seu assumpto, se referir, alterando-a explicita ou implicitamente.”

³⁴ V. a redação dos arts. 432; 569, II; 596; 597; 599, *caput*; 615; 965, I, e 1.297, § 1º.

³⁵ “Art. 4º A lei se revoga, no todo ou em parte, de forma expressa ou tácita, por lei posterior e por força do costume ou desuso, geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência assente.”

³⁶ “Art. 1º *Vigência da Lei* – A lei entra em vigor na data da publicação, salvo se dispuser em contrário; e perdura até que outra a revogue, total ou parcialmente.

Especial destaque deve ser dado ao Decreto-Lei n. 4.657/42, Lei de Introdução do Código Civil vigente, cujos dispositivos relativos à matéria serão transcritos, *in verbis*:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

[...]

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Perceptível que o sistema nada diz sobre o costume *contra legem*, admitindo-o apenas nas duas outras maneiras³⁷. Importante lembrar que nenhuma Constituição do Brasil se reportou ao costume como fonte do direito, mas apenas se refere a “bons costumes”³⁸. A Constituição Federal de 1988 em nada se refere aos costumes (a não ser utilizando-se dessa palavra no capítulo referente aos índios³⁹, com outra semântica), e o revogado Código Civil de 1916 estabelecia, nas suas disposições finais, *in verbis*:

“Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”.

Não é diferente, quanto à não-aceitação do costume *contra legem*, o posicionamento atual da Jurisprudência, como é possível observar dos julgados selecionados que, propositalmente, tratam de problemas criminais, onde as consequências para o indivíduo são as mais graves do ordenamento. O primeiro e o segundo tratam da contravenção penal

§ 1º *Revogação* – A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare ou quando com ela seja incompatível.

§ 2º *Repristinação* – A vigência da lei revogada só se restaura por disposição expressa.

§ 3º *Republicação* – O texto de lei republicada, inclusive de lei interpretativa, considera-se lei nova.

§ 4º *Regulamentação* – A lei só dependerá de regulamentação quando assim o declare expressamente e estabeleça prazo para sua edição; escoado o prazo sem essa providência, a lei será diretamente aplicável.

[...]

Art. 3º *Dever de decidir* – O juiz não se eximirá de julgar alegando inexistência, lacuna ou obscuridade da lei. Nessa hipótese, em não cabendo a analogia, aplicará os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais de direito.

Art. 4º *Aplicação do Direito* – Na aplicação do direito, respeitados os seus fundamentos, serão atendidos os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum e a equidade.”

³⁷ PEREIRA, C. M. S. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 46-47.

³⁸ Constituição de 1824, art. 179, XXIV; Constituição de 1891, nada consta; Constituição de 1934, arts. 113, 5, e 146, *caput*; Constituição de 1937, art. 122, § 4º, § 9º e “b”; Constituição de 1946, art. 141, § 7º; e Constituição de 1967, art. 150, § 5º.

³⁹ Art. 231, *caput* e § 1º.

da prática do *jogo do bicho*, ao passo que o terceiro é sobre o crime de *manter casa de prostituição*, cuja sanção é a privação da liberdade com reclusão de dois a cinco anos (art. 229 do Código Penal):

1) “Recurso Especial.

Art. 105, inc. III, letras ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal.

Contravenção Penal do art. 58, § 1º, do Dec.-Lei n. 6.259/44 (jogo do bicho). Sua alegada revogação pelo desuso da norma contravencional e tolerância da sociedade.

O art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, é claro: ‘não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue’. Com base nesse princípio da lei civil, não basta a simples alegação de seu desuso, para que deixe o juiz de aplicar a lei. Montesquieu advertiu para o fato de que o juiz é a boca da lei. Ao legislador compete derrogar ou revogá-la, no exercício de seu poder.

Hipótese em que se conhece do recurso e dá-se-lhe provimento, para cassar o acórdão e restabelecer a sentença condenatória”⁴⁰.

2) “Penal. Processo Penal. Jogo do bicho. Impossibilidade de absolvição em razão do costume. Recurso provido por ambas as alíneas.

I – O sistema jurídico brasileiro não admite possa uma lei perecer pelo desuso, porquanto, assentado no princípio da supremacia da lei escrita (fonte principal do direito), sua obrigatoriedade só termina com sua revogação por outra lei. Noutros termos, significa que não pode ter existência jurídica o costume *contra legem*.

II – Recurso provido por ambas as alíneas”⁴¹.

3) “Penal. Recurso Especial. Casa de Prostituição. Tolerância. Atividade policial. Tipicidade (art. 229 do CP).

I – A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia (Precedentes).

II – A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de, v. g., desvirtuada atuação policial (art. 2º, *caput*, da LICC).

Recurso conhecido e provido”⁴².

É o que M. Vinagre⁴³ evidencia ao dizer que nem sempre a não-aplicação de uma norma exprime a convicção popular no sentido de não haver dúvidas da revogação de uma lei, pois a falta de publicidade do preceito, a inércia, a debilidade, a negligência do Poder Público podem determinar o não-uso da lei, sem que isso implique um descompasso com a sociedade.

⁴⁰ STJ, Sexta Turma, RESP n. 20.798 – RO (1992/0007880-0), rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, j. 30.6.1992, v.u., *LEXSTJ*, v. 41, p. 329.

⁴¹ STJ, Sexta Turma, RESP n. 30.705 – SP (1992/0033143-2), rel. Min. Adhemar Maciel, j. 14.3.1995, v.u., *RT*, v. 715, p. 539.

⁴² STJ, Quinta Turma, RESP n. 146.360 – PR (1997/0061025-0), rel. Min. Felix Fischer, j. 19.10.1999, *RT*, v. 774, p. 554.

⁴³ *Costume cit.* (nota 6 supra), p. 124.

Vale lembrar, ainda, que, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973, a parte que alegar direito consuetudinário (*praeter legem e secundum legem*) tem o ônus de provar a sua vigência se assim o juiz determinar⁴⁴.

9 O descompasso entre a lei escrita e as transformações sociais

Sendo certo que o ordenamento jurídico brasileiro não aceita o costume *contra legem* como forma de revogação de uma lei, não se pode esquecer que o direito não pode quedar inerte perante as transformações sociais.

Aqui, é preciso estabelecer duas possibilidades: (i) a primeira diz respeito ao que M. Reale⁴⁵ chamou de “pseudodesuso”, ou seja, uma verdadeira revogação da norma em face do ordenamento jurídico, visto em seu todo sistemático, em consequência de edições de outras leis que atestam as transformações; e (ii) a segunda, que confronta tais transformações diretamente com a norma questionada.

Se no primeiro caso a argumentação parece mais clara e mais simples de ser demonstrada, pois haveria o fenômeno da *revogação tácita*, o mesmo não se passa com a segunda. Nesta, o jurista deverá demonstrar uma incompatibilidade da norma, orientado por uma de suas principais pautas de interpretação: a *proporcionalidade*.

10 O conteúdo da pauta interpretativa da proporcionalidade

Qual o conteúdo da *proporcionalidade*? E. Szaniawski⁴⁶ identifica (i) um *sentido lato* que conduz a um princípio de proibição de excesso, comportando uma subdivisão, de acordo com a doutrina alemã, em (a) princípio da pertinência (*Geeignetheit*), que tem por objetivo balancear os interesses postos em conflito e decidir até que ponto deve prevalecer a medida adotada pelo poder público e se ela é a apropriada para a consecução do interesse público, e (b) princípio da necessidade (*Erforderlichkeit Prinzip*), ou seja, diante de diversos meios para se alcançar um fim, deve-se optar pelo menos gravoso; e (ii) um *sentido estrito*, segundo o qual os meios utilizados pelo operador do direito deve sempre ser proporcional à situação fática, levando-se em consideração os interesses postos em jogo.

Há, portanto, uma evidente relação entre meios e fins, para que seja possível um controle de excessos, que podem se verificar tanto na edição de atos normativos contrários a princípios fundamentais quanto na aplicação de normas em total descompasso com a realidade, atuando a serviço dos direitos fundamentais, sendo-lhes uma verdadeira *garantia*⁴⁷. Por isso é legítimo pensar em um duplo controle de constitucionalidade de uma

⁴⁴ “Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

⁴⁵ *Lições* cit. (nota 1 supra), p. 122.

⁴⁶ Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, p. 55-57, 2001.

⁴⁷ BONAVIDES, P. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 34, p. 282-283, 1994.

lei: a) a primeira em relação à própria Constituição; e b) a segunda, à compatibilidade das restrições estabelecidas com a *proporcionalidade*⁴⁸. Há uma tentativa de harmonização (a) dos interesses *individuais* dos membros de uma sociedade, (b) com aqueles de toda a comunidade, sejam eles *coletivos* ou *públicos* (gerais)⁴⁹.

11 A interpretação

Dessa forma, a *proporcionalidade* é utilizada na *atividade interpretativa*, pois todo texto normativo, para que seja transportado a um caso concreto, necessita de um intérprete (por isso ele é *alógrafo*).

A arte da interpretação consiste em “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que a mesma contém”, na definição de C. Maximiliano⁵⁰. Mas não só isso; o intérprete retira a norma dos textos, *produzindo-a*⁵¹; nesse sentido, a interpretação e a aplicação do direito não ocorrem em momentos distintos, mas no mesmo momento.

Sendo a interpretação uma prudência, portanto, uma virtude, o intérprete atua conforme a *lógica da preferência*, em que prevalece a *teoria da argumentação* e a *razão prática*, necessitando ser a decisão justificada para ser aceitável (e não uma demonstração daquilo que seria o correto, como em ciências exatas)⁵². É por conta dessa atividade que o direito se *atualiza*, pois o texto do direito será interpretado no contexto histórico presente e de acordo com todo um sistema de normas no qual ele está inserido (desde a Constituição Federal, no caso brasileiro), pois não se interpreta o direito “em tiras”, na expressão de E. R. Grau⁵³.

12 Limitação do conteúdo de uma atividade interpretativa

É certo, também, que há limites na apreciação do Poder Judiciário para a análise da proporcionalidade de uma lei. Se há uma intenção de limitar os abusos do Poder Legislativo e do Executivo, não haveria interesse em transferi-los ao Judiciário, pois a exigência de *segurança jurídica* é indispensável à convivência social.

⁴⁸ MENDES, G. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *IOB – Repertório de Jurisprudência – Tributário e Constitucional*, v. 23, p. 371, 1994.

⁴⁹ GUERRA FILHO, W. S. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, v. 4, p. 206, 2000.

⁵⁰ *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7.

⁵¹ GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 69-70.

⁵² Enquanto a teoria da demonstração está se referindo à razão teórica, preocupando-se com a verdade, a descrição ou a explicação fiel da realidade objetiva, a teoria da argumentação se refere à razão prática, preocupada com o êxito, a conveniência, a prescrição sobre aquilo que se deve fazer, atuando no sentido de se justificar para convencer as pessoas (ALVES, A. C. *Lógica: pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: Edipro, 2000. p. 113-115).

⁵³ GRAU, E. R. *Ensaio* cit. (nota 51 supra), p. 113.

Isso faz com que, mesmo não havendo um único tipo de interpretação possível para um texto normativo, o intérprete deva se orientar pelos sentidos normativos ditados pela Constituição Federal⁵⁴, que, no Brasil, estão nos arts. 1º⁵⁵ e 3º⁵⁶.

13 A proporcionalidade de uma norma em face de um mínimo de eficácia

Portanto, o que *deve ser argumentado* não é a vigência de um costume *contra legem*, mas a falta de *proporcionalidade* de uma norma mantida no ordenamento através de um meio por ele legitimado.

Autores como F. C. Pontes de Miranda⁵⁷, C. Bevilacqua⁵⁸, G. Telles Júnior⁵, M. Reale⁶⁰ e T. S. Ferraz Júnior⁶¹, ao admitirem a revogação da lei pelo costume, justificando-a como (a) uma falta de harmonia entre a norma e as transformações econômicas, intelectuais e morais operadas no país ou (b) quando a regra jurídica não corresponde à convicção da sociedade ou à sua função adaptativa, ou (c) quando está incompatibilizada com as novas concepções dominantes, ou (d) a profundidade do divórcio entre a norma e a experiência social, sendo certo que esqueceram de revogá-la, estão realizando, em verdade, um juízo de proporcionalidade. Mesmo o Projeto Valladolid⁶², admitindo-a, condiciona-a à confirmação pela jurisprudência, que fará, necessariamente, esse mesmo juízo.

Essa ponderação que será realizada pela interpretação do direito é que dará à norma um novo juízo sobre seu *mínimo de eficácia*, na acepção de H. Kelsen⁶³, ou seja, a possibilidade de ela ser aplicada ante as modificações pelas quais a sociedade passou.

A argumentação, portanto, só será possível de ser realizada em cada caso concreto, para que sejam demonstradas as incompatibilidades.

⁵⁴ GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 235-237.

⁵⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”

⁵⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

⁵⁷ *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 280.

⁵⁸ BEVILAGUA, C. *Theoria* cit. (nota 22 supra), p. 32.

⁵⁹ *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 217-218.

⁶⁰ *Lições* cit. (nota 1 supra), p. 121-122.

⁶¹ *Introdução* cit. (nota 17 supra), p. 205.

⁶² Nota 35 supra.

⁶³ *Reine* cit. (nota 24 supra), p. 12.

14 Conclusão

Portanto, não podendo um costume revogar uma norma contida em uma lei escrita, pois se atentaria contra a segurança jurídica, do mesmo modo não pode ignorar o dinamismo da vida social, perpetuando normas em total descompasso com ela por apeço a um formalismo jurídico exacerbado, pois se atentaria contra a principal função do direito, a pacificação social.

Por isso a importância conformadora da pauta interpretativa da proporcionalidade como caminho conciliador entre a segurança e a mutabilidade, confiando ao intérprete a ponderação de cada caso concreto, estando o órgão julgador limitado pelos princípios informadores de um dado ordenamento jurídico, como os arts. 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶⁴.

⁶⁴ Ver notas 55 e 56 supra.

DA CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR AMPLITUDE E LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA

*Jorge César de Assis**

1 Introdução

A Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, na esteira que lhe foi estendida a partir do § 5º do art. 128 da Constituição Federal.

O Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. O objeto desta ligeira análise prende-se ao *Parquet* castrense, tratado entre os arts. 116 e 148 da já referida Lei Complementar n. 75/93, que, inclusive, completou dez anos recentemente.

São órgãos do Ministério Público Militar (MPM) o Procurador-Geral da Justiça Militar, o Colégio de Procuradores da Justiça Militar, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, a Corregedoria do Ministério Público Militar, os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar, os Procuradores da Justiça Militar e os Promotores da Justiça Militar, cada qual no legítimo exercício de sua parcela de atividade ministerial, dotados de autonomia e independência funcional, cujos limites não de ser entendidos, tão-somente, aqueles previstos em Lei.

Que as funções exercidas pela Câmara de Coordenação e Revisão (CCR/MPM) são importantes e dignificantes ninguém duvida, visto que constitui ela, como todos os demais órgãos em si mesmos considerados, parte essencial de um todo – o Ministério Público Militar –, e quando atua nos limites de sua competência já não é mais a parte, mas sim o próprio todo, numa metamorfose formidável orientada pela unidade, indivisibilidade e independência funcional.

A competência cameral, delineada pelo art. 136 da Lei Complementar n. 75/93, resume-se em:

- I – promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais do Ministério Público Militar, observado o princípio da independência funcional;
- II – manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins;
- III – encaminhar informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais do Ministério Público Militar;
- IV – manifestar-se sobre o arquivamento do inquérito, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral;

* Jorge César de Assis é Promotor da Justiça Militar (MPM) em Santa Maria/RS.

V – resolver sobre a distribuição especial de inquéritos e quaisquer outros feitos, quando a matéria, por sua natureza e relevância, assim o exigir.

No rol de suas competências, um de seus incisos enseja controvérsia, o IV: “manifestar-se sobre o arquivamento do inquérito, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”.

A análise visa, portanto, a delimitar o alcance da competência da Câmara de Coordenação e Revisão, assim como eventual restrição, caso verificada.

2 Arquivamento do inquérito

É bom que se diga que a norma legal estatutária, ao referir-se ao arquivamento do IPM, é por demais clara: “[...] manifestar-se sobre o arquivamento” “[...] exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”, o que nos permite concluir, sem necessidade de se recorrer à dialética, que o dispositivo em comento não significa que a Câmara passou a ter poderes para decidir de forma definitiva sobre todos os inquéritos, à exceção daqueles de competência originária do Procurador-Geral, mas que, nos feitos afetos à competência originária do órgão máximo da Instituição, a Câmara sequer se manifesta, já que a *promoção da eventual ação penal originária*, perante o Superior Tribunal Militar, é exclusividade do Procurador-Geral, o que não retira do órgão máximo da Instituição o poder de decidir sobre os demais arquivamentos operados ou requeridos em primeiro grau.

De início, diga-se que o tratamento da matéria relativa a arquivamento de inquérito na Justiça Militar é diversa daquele dado à Justiça Comum, e apresenta duas situações:

No primeiro caso, peculiar, o juiz-auditor corregedor poderá representar, pelo deferimento da correição parcial para corrigir arquivamento irregular de inquérito ou processo, previsão contida no art. 498, alínea “b”, do CPPM, bem como nos casos em que entenda existentes indícios de crime e de autoria, consoante a norma do art. 14, inciso I, alínea “c”, da Lei n. 8.457, de 4 de setembro de 1992 (LOJMU)¹.

No segundo caso, a exemplo do que ocorre no processo penal comum, o órgão do Ministério Público requer o arquivamento, com o qual o juiz não concorda, remetendo-se, então, os autos para o Procurador-Geral (arts. 397 e 28 do CPPM).

Note-se que, tanto no caso em que o IPM venha do Egrégio Superior Tribunal Militar, por força de deferimento da correição parcial requerida pelo juiz-auditor corregedor, como naquele em que o inquérito que se pretende arquivar chegue ao procurador por força da discordância do magistrado *a quo*, as hipóteses dali decorrentes são as seguintes: ou o Procurador-Geral concorda com o pedido de arquivamento original – e aí mandará arquivar o inquérito; ou o Procurador-Geral, discordando do pedido de arquivamento, vê nos autos a prova de fato que, em tese, constitua crime e indícios de sua autoria, e aí designa outro membro do MPM para promover a ação penal.

¹ A respeito, v. nosso artigo “A correição parcial e o desarquivamento do inquérito policial militar” (*Revista Direito Militar*, Florianópolis, maio/jun. 2001).

Em qualquer caso – e aí reside a controvérsia – aquele inquérito cujo pedido de arquivamento se questiona será encaminhado à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, a fim de que se colha a indispensável manifestação.

Edmar Jorge de Almeida² defende que o art. 397, § 1º, última parte, do CPPM foi derogado pelo art. 136, IV, da Lei n. 75/93, no sentido de que a última palavra sobre o arquivamento de inquérito, ou outras peças de informação, no âmbito do Ministério Público Militar, passou a ser da Câmara de Coordenação e Revisão. Sendo assim, estaria vedado ao Procurador-Geral da Justiça Militar mandar arquivar o inquérito.

Para o referido autor, apenas três desfechos são possíveis:

- “1. A CCR/MPM delibera acerca do arquivamento. O Procurador-Geral concorda e homologa a decisão.
2. A CCR/MPM delibera sobre o arquivamento. O Procurador-Geral discorda e designa outro membro para oferecer a ação penal.
3. A CCR/MPM delibera sobre a promoção da ação penal. O PGJM designa outro membro para deflagração do processo”.

Data maxima venia, não vemos dessa forma. A tese não é bastante em si mesma, uma vez que ao mesmo tempo em que advoga a prevalência dos dispositivos do art. 136, inciso IV, da Lei Complementar n. 75/93, sobre o art. 397, § 1º, última parte, do CPPM, admite que haja homologação do Procurador-Geral, quando seu pensamento coincidir com a manifestação da Câmara, o que implica meia solução.

Ou a Câmara de Coordenação e Revisão do MPM é a autoridade máxima em termos de inquéritos, e aí sequer necessitaria da homologação do Procurador-Geral, ou ela, conquanto importante, apenas se manifesta, decidindo então o Procurador-Geral, de acordo com seu entendimento, sem que isso implique qualquer *capitis deminutio* da atividade cameral, muito menos amesquinamento ou inutilidade de seu exercício.

Sempre é bom lembrar que, nos termos do art. 2º e seu § 1º do Decreto-Lei n. 4.457, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), de meridiana clareza, “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”, situação que nem de longe se verifica no cotejo entre os dispositivos citados do Código de Processo Penal Militar e do Estatuto do Ministério Público da União.

Por outro lado, uma decisão cameral que fosse imposta ao Procurador-Geral (*que dela não possa mais discordar*) teria como consequência inevitável a lesão à independência funcional daquele membro que estiver exercendo o cargo mais alto da Instituição, o que por si só é inaceitável. Aliás, esse parece ser o espírito que norteou a edição do verbete n. 11 da Câmara, com ares de verdadeiro *enunciado vinculante*:

² Revisão do arquivamento de inquérito no Ministério Público Militar. *Revista do MPM*, n. 18, Brasília, dez. 2002.

“Após a promulgação da Lei Complementar n. 75/93, o Procurador-Geral da Justiça Militar somente pode discordar de deliberação da Câmara de Coordenação e Revisão, quando este Colegiado determinar o arquivamento de Inquérito, Procedimento Investigatório ou Peça de Informação”.

Ora, a solução me parece estar na própria Lei Complementar n. 75/93, em cotejo não só com o CPPM como com os demais dispositivos igualmente aplicáveis da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

O Procurador-Geral é o chefe do Ministério Público Militar (art. 120) e pode discordar do entendimento da Câmara, desde que indique os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal.

Quando a Lei Complementar n. 75/93 diz que a Câmara de Coordenação e Revisão é órgão de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional na Instituição, resguardou entretanto que tal *coordenação* é eventual, já que depende de delegação do Procurador-Geral, este sim o principal coordenador das atividades ministeriais (arts. 124, XXII, e 125, I).

E quando diz que à Câmara compete decidir os conflitos de atribuição entre os órgãos do Ministério Público, ressaltou que a *decisão definitiva*, em grau de recurso, caberá ao Procurador-Geral (art. 124, VI).

Insisto que o Procurador-Geral do Ministério Público Militar não poderá permitir invasões à seara de sua competência, já que as garantias e prerrogativas dos membros do MPU são *inerentes ao exercício de suas funções e irrenunciáveis*, não excluindo, inclusive, aquelas estabelecidas em outras leis (art. 21 e parágrafo único), como, por exemplo, no Código de Processo Penal Militar, sendo dever de todos velar por suas prerrogativas institucionais e processuais (art. 236, III).

Se aceitarmos que a decisão manifestada pela Câmara vincula o Procurador-Geral da Justiça Militar, que se dirá então das decisões manifestadas pelo Colegiado Maior, *o Colégio de Procuradores*, necessariamente nem sempre aceitas, conquanto votadas, aprovadas e refletindo o pensamento da maioria absoluta de todos os membros da Instituição?

3 Arquivamento de procedimento investigatório ou peças de informação

A par dos inquéritos policiais militares, a atividade ministerial visando à persecução criminal pode constituir-se de procedimentos extrajudiciais, realizados diretamente pelo representante do Ministério Público (Procedimento de Diligência Investigatória – PDI) ou, por ele recebidos, v.g., uma cópia de sindicância ou outras peças informativas que contenham notícia de crime militar.

Nesses casos, a decisão de arquivamento é ato unilateral daquele que procedeu à investigação ou a recebeu diretamente, sem passar pelo crivo do magistrado.

Conquanto o art. 136 da Lei Complementar n. 75/93 não lhe tenha deferido tal previsão, como o fez em relação ao Ministério Público Federal (art. 62, IV) ou ao Ministério

Público do Distrito Federal e Territórios (art. 171, V), estamos entre aqueles que entendem que os órgãos de primeira instância, v.g., os procuradores e os promotores da Justiça Militar, devem submeter suas investigações extrajudiciais ao crivo do Procurador-Geral, que representa a chefia da Instituição.

O procedimento deve ser o mesmo em relação ao preconizado para o inquérito: a Câmara se manifesta sobre o arquivamento dos feitos e o Procurador-Geral irá homologá-lo ou designar outro membro para oferecer a denúncia, se entender presentes os elementos da ação penal militar.

Os fundamentos para nossa assertiva são os mesmos já referidos alhures.

Todavia, somente serão analisados pela Câmara de Coordenação e Revisão os feitos de natureza criminal, já que o arquivamento do inquérito civil e de peças que poderiam lhe dar ensejo há de ser submetido a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público Militar, nos exatos termos do art. 9º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, rol este ampliado pelo art. 129, inciso III, da Carta Magna.

3 A determinação de novas diligências. A diligência mal instruída

O crescimento considerável de casos em que a Câmara de Coordenação e Revisão se manifesta por uma outra possibilidade *não prevista em lei* – a designação de membro diverso para prosseguir nas investigações em autos de Procedimento de Diligência Investigatória originariamente arquivada em 1º grau – faz surgir o seguinte questionamento: *Até que ponto a Câmara pode decidir pelo prosseguimento da investigação criminal de feitos já arquivados?*

Se é certo que, para o inquérito arquivado, o único caminho é a homologação do arquivamento ou oferecimento da denúncia, qual seria o motivo para que na Diligência Investigatória seja possível devolver-se os autos à origem para novas investigações?

A reiterada prática induz a outro questionamento: *Os membros que atuam nas Procuradorias de Justiça Militar estariam realizando investigações de forma insatisfatória?*

Ora, a questão não é tão simples quanto possa parecer.

Por via de regra, os membros do Ministério Público não estão previamente preparados para a investigação criminal – que é técnica e especializada por natureza, exceção feita àqueles oriundos das carreiras de Polícia ou os Oficiais militares. Conquanto de difícil ocorrência, não se descarta a hipótese do autodidata em investigação.

Curial, portanto, que tenham todos os agentes ministeriais, em maior ou menor intensidade, dificuldades para investigar.

Se a instituição pretende melhorar o nível investigativo de seus membros, há que buscar, isto sim, o desejado aperfeiçoamento, mediante a realização de cursos periódicos de Técnicas de Investigação, a serem programados de forma regional, visando ao aperfeiçoamento de todos, nos mesmos moldes, em um curto espaço de tempo. Deveriam contar com a participação indispensável da Polícia Federal e de peritos militares, visando

à investigação em casos específicos de acidentes e incidentes com aeronaves, navios, blindados, armamentos sofisticados, ou aqueles que induzem à ocorrência de lavagem de dinheiro, delitos de informática etc., todos de difícil solução.

Daí por que nossa dificuldade em assimilar as designações de outros membros para *prosseguirem na investigação* de feitos que já foram arquivados e para os quais também não foi possível, mesmo em sede de revisão, propor a ação penal militar.

Ou o arquivamento original está correto e não resta outro caminho a não ser sua *homologação* pelo Procurador-Geral depois da manifestação cameral, ou a chefia da Instituição entende, justificadamente, presentes os elementos da ação penal militar, e então só lhe resta designar outro membro para oferecer a denúncia, indicando, no entanto, os dispositivos legais que vislumbrou estarem violados.

O simples *prosseguir nas investigações* dá a idéia de que a *inquisição* não foi bem feita.

Pode ocorrer que, da revisão daquela investigação, se constate a notícia de outro crime que não foi originariamente investigado, mas, nesse caso, caberá à Câmara manifestar-se e ao Procurador-Geral enviar cópias ao promotor natural para que este analise a questão de sua ótica, requisitando Inquérito Policial Militar se entender necessário.

O que não pode – conquanto *só* acontecer – é o Procurador-Geral, atendendo à manifestação da Câmara, *designar* outro membro, diverso daquele que arquivou originariamente o feito, para que requisite a abertura de inquérito.

Todavia, caso fique comprovado que o agente material, ao arquivar determinado feito, agiu de má-fé, desídia ou comprovada negligência, os fatos deverão ser levados ao conhecimento do Corregedor-Geral do MPM, a quem cabe apurar a responsabilidade em questão, tomando-se então as medidas que o caso concreto apontar. Mas disso, felizmente, não se tem notícia.

4 Requisição de inquérito pela Câmara

Discute-se ainda se é possível à Câmara de Coordenação e Revisão requisitar, diretamente de Brasília, a instauração de IPM na área de jurisdição de qualquer uma das doze Circunscrições Judiciárias Militares.

A negativa se impõe; não se pode olvidar jamais do *Princípio do Promotor Natural*, que é aquele lotado na Procuradoria com atuação sobre o território onde aconteceu a possível infração.

Os membros do MPM que atuam junto ao Superior Tribunal Militar o fazem na condição de *custos legis*, manifestando-se na condição de pareceristas, mas podendo interpor os recursos cabíveis quando a decisão não lhes for favorável. Somente o Procurador-Geral da Justiça Militar é quem pode intentar a ação penal originária, vale dizer, é o promotor exclusivo da ação penal pública, para utilizar-se a expressão constitucional. Nos crimes de competência originária, somente ele pode requisitar a instauração de IPM.

A Câmara, na condição de Colegiado Revisor, não detém essa prerrogativa.

E, em sede de primeiro grau – na área de qualquer uma das doze Circunscrições Judiciárias Militares, somente os procuradores e os promotores da Justiça Militar é que podem requisitar a instauração de inquérito. Além de fiscais da lei, são também os promotores exclusivos da ação penal militar, portanto somente eles poderão requisitar instauração de IPM ante a notícia do cometimento de eventual crime militar na área de sua atuação.

4 Conclusão

A conclusão que se impõe, ressalvado o entendimento contrário e de todo respeitado, é a seguinte:

a) Conquanto importante, a Câmara de Coordenação e Revisão é o órgão colegiado destinado a manifestar-se acerca de arquivamento de inquéritos.

Sua manifestação não tem o condão de decisão final sobre aquele feito, nem vincula ao Procurador-Geral da Justiça Militar, órgão máximo que representa a chefia da Instituição, e que decide o arquivamento em última instância.

As manifestações acerca do arquivamento de feitos extrajudiciais operado no âmbito das Procuradorias da Justiça Militar têm a mesma natureza e o mesmo procedimento.

b) A reiterada prática de designação de outro membro para *prosseguir na diligência originariamente arquivada (com base na manifestação da Câmara)* não tem amparo legal. Após o pronunciamento cameral, ou o Procurador-Geral homologa o arquivamento original do PDI ou designa outro membro para oferecer a denúncia, indicando os dispositivos do Código Penal Militar que entende violados naquela diligência investigatória. O procedimento extrajudicial feito de maneira relapsa, negligente ou maliciosa sugere a responsabilidade do membro atuante, precedida de inquérito administrativo realizado pela Corregedoria. Nessa hipótese, é possível a designação acima referida.

c) Corolário da conclusão de que a Câmara não pode determinar o arquivamento do inquérito policial militar é a conclusão óbvia de que ela não pode também requisitá-lo, por lhe faltar a condição de *promotor exclusivo da ação penal militar*.

d) Por fim, diga-se que a Câmara – assim como todos os demais órgãos do Ministério Público Militar nos limites de suas competências – é órgão essencial e de funções imprescindíveis e importantes.

Porém, muito mais do que *coordenar os órgãos institucionais* – o que somente faz por delegação –, ou de *revisar o exercício funcional na Instituição* – manifestando-se nos feitos que lhe são dirigidos –, deve buscar a Câmara, sempre, a salutar *integração* que lhe foi acometida pela Lei.

Tarefa difícil, mas não impossível: *integrar aqueles que lhe são iguais e independentes funcionalmente*, e que têm o dever – como ela – de velar por prerrogativas institucionais irrenunciáveis.

Isto se faz pelo convencimento natural decorrente da excelência de suas manifestações, as quais terão como consequência positiva o fortalecimento do Ministério Público Militar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

A NOMEAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

*José Eduardo Sabo Paes**

A disciplina constitucional do Ministério Público poderá sofrer modificação em breve. Desde 1992, tramita no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional que, não obstante tratar de temas diversificados, passou a ser conhecida como “Reforma do Judiciário” ou “PEC do Judiciário”¹.

No Senado, a Proposta foi quase que totalmente reformulada, inclusive com alteração de dispositivos nem sequer cogitados pela Câmara, restando consolidado texto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que, no Plenário, foi objeto de 239 emendas e 113 requerimentos de destaque². Vale registrar que essa versão ainda não foi votada em primeiro turno.

O caminho que tomará dita Reforma é incerto, porque, em 18 de fevereiro de 2003, decidiu-se pelo retorno do Projeto àquela Comissão, inclusive com a possibilidade de apresentação de substitutivo ou de reunir a matéria das proposições e das emendas com parecer favorável num único texto. Decidiu-se, ainda, que, após o trabalho da Comissão, a matéria retornaria ao Plenário para votação em primeiro turno, sendo aberta oportunidade para apresentação de novos requerimentos, que deverão ser apresentados antes de iniciado o processo de votação.

Recentemente, também, o Poder Executivo criou na estrutura do Ministério da Justiça a Secretaria de Reforma do Judiciário, à qual compete

“formular, promover, supervisionar e coordenar os processos de modernização da administração da justiça brasileira, por intermédio da articulação com os demais órgãos federais, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Ministério Público, dos Governos estaduais, agências internacionais e organizações da sociedade civil”;

“orientar e coordenar ações com vistas à adoção de medidas de melhoria dos serviços judiciários prestados aos cidadãos”;

“propor medidas e examinar as propostas de reforma do setor judiciário brasileiro”; e
“dirigir, negociar e coordenar os estudos relativos às atividades de reforma da justiça brasileira”³.

Não obstante essa fase de novas incertezas, parece ser consenso que modificações constitucionais pertinentes são necessárias. Por isso, importante analisar tópico relevante acerca do Ministério Público da União, relativo à nomeação do Procurador-Geral da

* José Eduardo Sabo Paes é Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri.

¹ PEC n. 96/1992, na Câmara, e PEC n. 29/2000, no Senado.

² *Diário do Senado*, de 21 nov. 2002, p. 22351.

³ Estrutura Regimental do Ministério da Justiça (aprovada pelo Decreto n. 4.720, de 5 de junho de 2003), art. 2º, inc. II, “e”, e art. 23.

República, inserto no texto cuja votação foi finalizada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 6 de novembro de 2002.

No § 1º do art. 128 introduz-se, talvez, a mais sensível modificação na estrutura do Ministério Público da União, por Subemenda do Relator oferecida à Emenda n. 54-CCJ. A proposta aprovada preconiza que o Procurador-Geral da República será

“escolhido pelo Presidente da República em lista tríplice de integrantes do Ministério Público Federal maiores de trinta e cinco anos e com mais de dez anos de carreira, eleitos por seus membros, e nomeado após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida uma recondução”⁴.

De plano vê-se que essa redação concede preferência aos integrantes de um dos ramos do Ministério Público da União. Devem ser salientados, no entanto, dois pontos extremamente positivos: a lista tríplice, que democratiza a instituição, com a participação da classe, na escolha do Procurador-Geral da República, tal como ocorre nos demais Ministérios Públicos, e a possibilidade de recondução por uma única vez.

Quanto à preferência concedida a um dos ramos, notoriamente, constitui violação inaceitável de normas estabelecidas pelo constituinte originário. Desde a promulgação da Constituição de 1988 observam-se dúvidas e interpretações divergentes a respeito da nomeação do Procurador-Geral da República. Alguns juristas defendem que a função só pode ser exercida por integrante do Ministério Público Federal. Para quem assim raciocina, não é relevante o fato de o Ministério Público da União compreender, também, em igualdade de condições, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. De qualquer sorte, ainda que a questão teórico-jurídica não tenha restado definida, a verdade é que, passados quase 15 anos do advento da “Nova Constituição” e 10 da promulgação da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 — Estatuto do Ministério Público da União —, na prática, vem prevalecendo aquela tese, uma vez que até junho de 2003 foram nomeados para a chefia do Ministério Público da União só integrantes do Ministério Público Federal.

Ao contemplar essa interpretação, o relator da reforma no Senado argumentou que o Ministério Público da União não tem carreira própria. Essa entidade é apenas hospedeira de quatro ramos que sob ela se abrigam. Mencionou expressamente o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ponderou que cada Ministério Público possui carreira própria e seus membros não podem transferir-se de um ramo para outro. Acertadamente, explicou que as carreiras, portanto, são estanques. Por isso, sustentou que a redação que então vinha prosperando induziria a perplexidade consistente na definição de em qual carreira seria escolhido o Procurador-Geral da República: no Ministério Público Federal ou dentre membros de qualquer das carreiras que integram o Ministério Público

⁴ *Diário do Senado*, de 13 nov. 2002, p. 21120.

da União? Respondeu que, se fosse interpretado como de qualquer membro dos quatro ramos, o Ministério Público Federal seria o único ramo que não teria uma chefia direta, porque todos os demais, mesmo os dos Estados federativos, têm como chefes integrantes de suas respectivas carreiras. E sentenciou que seria absurdo e confrontaria a Lei Complementar n. 75, de 1993, porque no art. 49, e inciso II, exige-se que o Procurador-Geral da República seja membro nato e presidente do Colégio de Procuradores da República⁵.

Com a devida vênia, o relator equivocou-se, porque não se pode interpretar a Constituição tendo como parâmetro ato normativo de hierarquia inferior. E análise mais percuciente revela a necessidade de se dar solução diversa à questão, porquanto a exegese que vem prevalecendo não tem respaldo nem na Constituição nem no Estatuto do Ministério Público da União.

Para se chegar a essa afirmativa, deve-se partir, inicialmente, de elementar princípio de hermenêutica jurídica, segundo o qual a lei não pode conter, entre seus dispositivos, palavras inúteis nem contradição real. Essa regra vale, inarredavelmente, para a exegese constitucional. Ao interpretar, é crucial ter em mente que o ordenamento jurídico é um sistema organizado, articulado, hierarquizado. Eventuais contradições são apenas aparentes. Mas não se pode apreender a totalidade do conteúdo normativo de um determinado dispositivo legal tomando-o isoladamente. É necessário relacioná-lo a outros dispositivos e, muito especialmente, aos princípios contidos no sistema jurídico do qual ele é apenas uma parte.

Dentre os métodos de interpretação, o dito sistêmico, ou sistemático, também teve suas virtudes salientadas por Carlos Maximiliano⁶. Afirma o publicista que “de princípios jurídicos mais ou menos gerais se deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente” e que “é maior a presunção de acerto quando a exegese resulta de comparar trechos da mesma lei, do que de confrontar preceitos de leis diversas”. Especificamente sobre a interpretação das normas constitucionais, Michel Temer⁷ preleciona que “a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que forem valorizados pelo constituinte”. Igualmente, o constitucionalista português Jorge Miranda⁸ afirma que

“a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal, sem recursos a normas de legislação ordinária. É olhando ao sistema de normas da Constituição formal, como expressão da Constituição material que o agente da integração deve raciocinar quer procure a analogia (*legis* ou *juris*) quer atenda aos princípios gerais”.

⁵ *Diário do Senado*, de 13 nov. 2002, p. 21120.

⁶ *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 128-129.

⁷ *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 24.

⁸ *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra, 1991. p. 269.

Além disso, é necessário considerar que os princípios jurídicos possuem maior relevância que as simples regras específicas de conduta. Na Constituição Federal há vários princípios jurídicos, de maior ou de menor amplitude e hierarquia. Alguns deles recebem do próprio texto constitucional a qualificação de fundamentais. Outros, ainda que sejam apenas implícitos, têm sua importância decorrente do fato de se relacionarem a pontos estruturais da conformação do Estado brasileiro. Celso Antonio Bandeira de Mello⁹ chega a afirmar, com razão, que

“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

E explica, o renomado administrativista: “Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas mestras que o sustentam e alui-se toda a estrutura nela esforçada”.

Nem mesmo o legislador pode criar, extinguir ou modificar direitos contrariando princípios assentados na Constituição. Se o fizer, estará criando leis inconstitucionais. Com muito maior razão os agentes políticos, no momento da aplicação da lei, mediante a produção de específicos atos administrativos, devem estar atentos para os valores contidos e, especialmente, para as finalidades apontadas nos princípios. Isso também se aplica, obviamente, ao ato de nomeação do chefe do Ministério Público da União.

Já se percebe dessas premissas que o texto constitucional, em primeiro lugar, é o parâmetro mestre a ser utilizado para a resolução da questão. Depois de esgotadas as possibilidades dentro da própria Constituição é que poderiam ser utilizadas as disposições da Lei Complementar n. 75, de 1993.

Assim, se dúvida razoável houvesse – não há! – para se identificar o verdadeiro sentido da expressão “dentre integrantes da carreira”, contida no primeiro parágrafo do art. 128 da Constituição Federal, que confere ao Presidente da República a prerrogativa de nomear o chefe do Ministério Público da União, não se poderia analisá-lo de forma isolada, sob pena de maquiá-lo a verdadeira intenção da norma e subverter-se a dicção constitucional.

Conforme estabelecem o art. 128 e seu inciso I da Constituição Federal, o Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios. Por sua vez, o § 1º do mesmo art. 128 preconiza que “o Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira”.

O legislador da Lei Complementar n. 75, de 1993, optou por organizar o Ministério Público da União em carreiras distintas para cada um dos ramos. Mas, daí a dizer que o

⁹ *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 546.

Ministério Público da União não possui carreira própria e que apenas abriga em sua denominação carreiras que integram seus quatro ramos, cada um com carreiras distintas, para, em seguida, concluir que o Procurador-Geral da República deve ser escolhido, unicamente, dentre membros do Ministério Público Federal, vai uma distância muito grande. E porque o dispositivo em questão (CF, art. 128, § 1º) refere-se a “integrantes da carreira”, no singular, querer que o Procurador-Geral da República seja escolhido apenas dentre um dos ramos do Ministério Público da União, do mesmo modo, é limitar demais o leque de opções que o constituinte originário colocou à disposição do chefe do Poder Executivo, onde a Constituição não limitou.

Se o constituinte originário quisesse que referido cargo fosse exercido por membro pertencente a uma única carreira, teria individualizado dita carreira, no § 1º do art. 128, tal como distinguiu expressamente cada um dos ramos do Ministério Público da União no inciso I do art. 127. A toda evidência, não é relevante que o substantivo “carreira”, no § 1º do art. 128, esteja no singular. Em virtude disso, a chefia do Ministério Público da União pode ser exercida por qualquer membro de qualquer carreira do Ministério Público da União.

O fato de no § 3º estabelecer-se que a escolha do Procurador-Geral dos Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios será mediante formação de lista tríplice, dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, demonstra claramente o que quis o constituinte de 1988. Se pretendesse que a escolha do Procurador-Geral da República ficasse limitada ao âmbito do Ministério Público Federal, teria dito expressamente. Tratar-se-ia de restrição imposta aos integrantes dos outros ramos, haveria de estar expressa. Não está. E o intérprete não pode criar distinção inexistente.

A propósito, apenas pelo prazer de argumentar, a seguir são apontados alguns casos em que a Constituição Federal, na organização do Estado, exige a participação do Ministério Público da União, mas o faz limitando expressamente as carreiras que devem participar, excluindo, por conseguinte, outras. No art. 104 e inciso II, relativamente à composição do Superior Tribunal de Justiça, mencionam-se expressamente os membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal e Territórios. Ficaram excluídos os membros do Ministério Público do Trabalho. No art. 107 e inciso I, no que concerne à composição dos Tribunais Regionais Federais, explicitamente se refere a “membros do Ministério Público Federal”. Restaram excluídos, aqui, os membros do Ministério Público do Trabalho, os do Ministério Público Militar e os do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. No art. 111 e § 1º, no tocante à composição do Tribunal Superior do Trabalho, e no art. 115 e inciso II, no que concerne à composição dos Tribunais Regionais do Trabalho, ambos reportam-se, expressamente, a membros do Ministério Público do Trabalho. Ficaram excluídos, agora, os membros do Ministério Público Federal, os do Ministério Público Militar e os do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Do mesmo modo, no art. 123 e inciso II, a respeito da composição do Superior Tribunal Militar, cita, explicitamente, os “membros do Ministério Público da Justiça Militar”. Foram excluídos os membros do Ministério Público Federal, os do Ministério Público do Trabalho e os do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Vê-se que, em todos os casos em que o constituinte originário quis limitar a participação a um ou a alguns dos ramos do Ministério Público da União, o fez explicitamente. E trata-se de questão de lógica. Se são princípios institucionais do Ministério Público da União a unidade e a indivisibilidade, isso deve refletir-se na chefia da Instituição. Assim, a extravagante tentativa de se modificar a Constituição para colocar expressamente que o Procurador-Geral da República será nomeado dentre integrantes do Ministério Público Federal padece de grave vício de inconstitucionalidade, porquanto, se aprovada a alteração, restariam quebrados pelo menos dois princípios básicos do Ministério Público, vale dizer, o princípio da unidade e o da indivisibilidade. Além disso, instituiria discriminação negativa contra três ramos do Ministério Público da União, em favor de um único, sem qualquer fundamento. Em síntese, haveria membros do Ministério Público da União que teriam a possibilidade de ser nomeados Procurador-Geral da República, e outros que não. A opção pelo repúdio a essa tentativa implica decisão de preservar os princípios maiores da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público da União. Implica a valorização da opção do legislador constituinte originário¹⁰.

Essa peculiaridade não passou despercebida a constitucionalistas de renome. Moraes¹¹ afirma que

“a melhor interpretação sugere que a *carreira* a que se refere a Constituição Federal é a do Ministério Público da União, ou seja, deverá recair sobre qualquer um dos seguintes ramos: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público da Justiça Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios”.

E registra:

“Essa conclusão pode, igualmente, ser observada pelo julgamento do mandado de segurança n. 21.239/DF, ocorrido após a promulgação da vigente constituição, porém anterior à nova Lei Complementar do Ministério Público da União, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu o autogoverno do Ministério Público da União, e a conseqüente impossibilidade do Presidente da República nomear os chefes do Ministério Público do Trabalho e da Justiça Militar, que deverão sê-lo pelo próprio Procurador-Geral da República, membro de qualquer das carreiras do Ministério Público da União”.

¹⁰ Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 43), utilizando-se do magistério de Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda, enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais. Dentre eles, em razão da pertinência, dois podem ser mencionados aqui: o *da justeza ou da conformidade funcional*, segundo o qual “os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário”; e o *da concordância prática ou da harmonização*, segundo o qual “exige-se a organização e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”.

¹¹ Ob. cit., p. 505.

No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli¹² e Pinto Ferreira¹³.

Aliás, é oportuno observar que o Procurador-Geral da República, na qualidade de chefe do Ministério Público da União, deve exercer função de coordenador de todos os ramos. Não é, de fato, o chefe direto do Ministério Público do Trabalho, do Militar e do Distrito Federal e Territórios. Neles interfere somente em determinadas situações previstas na Lei Complementar, conquanto tenha o poder de escolher os Procuradores-Gerais do Trabalho e da Justiça Militar. E, para essa coordenação, conta com importante instrumento trazido pelo Estatuto do Ministério Público da União, que, hoje, vem se tornando cada vez mais efetivo. Trata-se do Conselho de Assessoramento Superior do Ministério Público da União (LC n. 75, arts. 28-31), integrado pelo Vice-Procurador-Geral da República, pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios e presidido pelo Procurador-Geral da República. Parece significativo que, de todos os Vice-Procuradores-Gerais dos ramos do Ministério Público da União, apenas o Vice-Procurador-Geral da República, que há de ser, obrigatoriamente, escolhido dentre os Subprocuradores-Gerais da República (LC n. 75, art. 67, inc. I), integre tal Conselho. Justamente para que seja mantido o necessário equilíbrio quando o Procurador-Geral da República não pertencer ao Ministério Público Federal.

É de se mencionar, ainda, que o fato de a Constituição não prever expressamente a existência de um Procurador-Geral para o Ministério Público Federal não impede sua criação, tal como o legislador complementar fez com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Militar (LC n. 75, de 1993, arts. 88 e 121), igualmente não previstos na Constituição Federal. Notoriamente, a atual redação do § 3º do art. 128 não impede que cada um dos ramos do Ministério Público da União também possua chefia própria. Mas, por não estarem previstos na Constituição, os chefes do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Militar são nomeados pelo Procurador-Geral da República. Somente o Procurador-Geral da República e o Procurador-Geral do Distrito Federal e Territórios, dentre os ramos do Ministério Público da União, são nomeados pelo chefe do Poder Executivo. Evidentemente, há uma injustificável diferença de tratamento entre os ramos do Ministério Público da União que, ontologicamente, são iguais. Caberia, unicamente, a modificação do Estatuto do Ministério Público da União para criar chefia própria para o Ministério Público Federal, e não a subversão da ordem constitucional estabelecida pelo constituinte originário.

Por isso, se se quer aperfeiçoar o texto constitucional, o caminho mais razoável seria a modificação do próprio § 3º do art. 128 para positivizar a nomeação dos chefes dos Ministérios Públicos dos Estados e de todos os ramos do Ministério Público da União pelo chefe do Poder Executivo, a partir de lista tríplice dentre integrantes das respectivas carreiras, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

¹² *Regime Jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 224-234.

¹³ *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v.5, p. 121-122.

Em síntese, acolhida a sugestão de se criar chefia própria também para o Ministério Público Federal, poder-se-ia, do mesmo modo, estabelecer que a nomeação dos chefes de todos os ramos do Ministério Público da União dar-se-ia por ato do Presidente da República. De qualquer sorte, é claro, há que se ter presente a necessária modificação constitucional de escolha do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, pelo Presidente da República, em lista tríplice de integrantes do Ministério Público da União, admitida uma única recondução.

DEMOCRACIA NOS PARTIDOS POLÍTICOS

*José Elaeres Marques Teixeira**

Sumário: 1 Introdução. 2 Abordagem doutrinária. 3 Democracia intrapartidária como princípio constitucional. 4 Partidos políticos no Brasil e democracia intrapartidária. 5 Conclusão.

1 Introdução

Em 1890, Engels reclamava a necessidade da mais absoluta liberdade que deveria existir no então recém-constituído Partido Social-Democrata alemão, a fim de que fosse possível a manifestação das diversas correntes de opinião existentes no interior da agremiação. Mais de um século se passou e a preocupação de Engels continua atual. Na maioria dos partidos políticos (se não em todos) não há efetivamente democracia. Certos grupos dominam a cena partidária e se encastelam no poder, apoderando-se das agremiações e não permitindo espaço para questionamentos e reflexões que envolvam a base e que possam implicar alguma espécie de ameaça às suas pretensões de comando.

Desde quando os partidos políticos assumiram relevância na vida das sociedades democráticas e, conseqüentemente, dos Estados contemporâneos, o tipo ideal de convivência entre os seus membros constitui uma questão ainda não resolvida. Não resta dúvida de que é possível colher avanços significativos. É o caso da existência de certa unanimidade, hoje, no campo teórico, sobre a importância da prática da democracia no interior dos partidos políticos. Mas, à medida que se passa para o campo operacional, ou seja, de como proporcionar o exercício da democracia intrapartidária, a polêmica é intensa e as soluções apresentadas são diversas.

Pretende-se, assim, neste trabalho, abordar como a democracia nos partidos políticos é enfrentada pela doutrina e os caminhos apontados para torná-la efetiva. Nesse sentido, procura-se também discutir algumas experiências envolvendo a democracia intrapartidária como princípio constitucional. No passo seguinte, busca-se compreender as razões pelas quais, até recentemente, não fazia muito sentido tratar desse tema no Brasil. Mas como as coisas mudaram com a vigente Constituição, para finalizar, intenta-se brevemente traçar o atual perfil do sistema partidário brasileiro e o que se requer dele em termos de organização interna.

2 Abordagem doutrinária

Em 1982, Carlos Estevam Martins¹ publicou interessante estudo intitulado “A democratização da vida partidária”, começando com a seguinte pergunta: “Quais são as

* José Elaeres Marques Teixeira é Procurador Regional da República e Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina.

¹ Carlos Estevam Martins é cientista político e professor livre-docente da FFCHL-USP.

características de um partido internamente democrático?”. Antes de responder, adverte que as opiniões variam quanto à necessidade de os partidos terem no seu interior mecanismos democráticos de funcionamento. Alguns sustentam ser isso dispensável, afirmando que a democracia é importante apenas como regime político do Estado. No entanto, muitos são os que se filiam ao entendimento segundo o qual os partidos necessitam da democracia como prática interna. Lembra que, para os juristas e cientistas políticos que concebem a democracia representativa como partidocracia, “a democratização dos partidos, mais do que reivindicação particular de seus membros, apresenta-se como direito dos cidadãos em geral, independentemente de estarem ou não filiados a partidos”. Mas, como nunca existiram partidos que tenham efetivamente praticado a democracia interna, já que “seus dirigentes não se subordinam ao controle dos membros de base da organização partidária” (MARTINS, 1982, p. 8), propõe-se a abordar o tema apenas sob o aspecto conceitual, como um ideal.

Assim, partindo da premissa de que no partido revolucionário não é possível a democracia interna, sendo a sua prática somente suscetível nos partidos constitucionais, Martins é categórico em dizer que no partido democrático “a supremacia pertence às bases e não à cúpula, a consciência partidária reside no ‘povo’ do partido e somente em seu nome pode ser exercida” (MARTINS, 1982, p. 13). Para desenvolver o seu pensamento, o autor apresenta um modelo ideal de partido democrático. Segundo ele, a democracia intrapartidária assume cinco dimensões, envolvendo: 1) o programa; 2) os membros do partido; 3) as bases de sustentação social do partido; 4) as facções internas; e 5) a organização formal do partido.

O programa não deve assumir importância exagerada, sujeitando-se o pensamento dos fundadores à renovação, conforme surjam novos quadros no interior do partido. Não quer isso significar que o programa seja menos importante; apenas que deve estar aberto a alterações, segundo a vontade da maioria de seus membros. Tornar o programa absoluto implica a “imolação da democracia interna” (MARTINS, 1982, p. 15). Assim, o conteúdo do programa e as linhas políticas de atuação submetem-se a permanente crítica e revisão. Somente a parte “atinente aos valores e às normas democráticas a que o partido como um todo presta obediência” (MARTINS, 1982, p. 14) deve ser preservada; tudo o mais é mutável.

Os membros do partido devem ter iguais direitos e obrigações, havendo de ser superadas as inúmeras diferenças e combatidas as forças de coerção que surgirem no interior da agremiação. O prestígio político que acaba estabelecendo distinção entre líderes e liderados e hierarquias informais é um sério problema que deve ser tratado adequadamente. Tolerar o surgimento de caciques implica a inversão da relação entre representantes e representados, “transformando os de baixo em massa de manobra”. Ora, a soberania está na base, não na cúpula; portanto, o avanço na direção da democracia interna requer “práticas contrariantes das tendências à redistribuição informal do poder para cima” (MARTINS, 1982, p. 18).

O recurso a práticas não-democráticas na relação do partido com as bases sociais que lhe dão sustentação não implica, necessariamente, a ausência de democracia intrapartidária. Atuação carismática, por exemplo, no âmbito externo, não significa que,

internamente, o partido não tenha o hábito do exercício da democracia. O que caracteriza o partido como democrático, no seu aspecto interno, são as práticas desenvolvidas entre seus membros, de tal sorte que suas decisões resultem da vontade da maioria. Em outras palavras, o que importa é que a sua linha de atuação política no âmbito externo decorra de deliberação majoritária no âmbito interno.

É de se ter consciência, porém, dos “efeitos negativos que as práticas externas podem produzir sobre os padrões internos” (MARTINS, 1982, p. 20). Práticas não-democráticas na sua atuação externa podem afetar a democracia vigente no seio do partido.

Outro fator de dano à democracia intrapartidária é a adoção da representação corporativa. São perniciosos os efeitos decorrentes da vinculação do partido a “atores coletivos”, destinada a “ampliar sua aceitação social com um máximo de rendimento por um mínimo de esforço” (MARTINS, 1982, p. 20-21). Esse tipo de procedimento reflete o tratamento desigual dispensado aos filiados do partido, quando as relações que cada um mantém com as bases de sustentação social devem ser abstraídas no seio da agremiação. O tratamento privilegiado que naturalmente daí decorre conduz à formação das nefastas oligarquias partidárias.

As facções internas suscitam perturbação no interior do partido. Ao contrário dos sindicatos, em que os agrupamentos parciais formados com a finalidade de disputar a direção da entidade constituem importante fator democratizante, nos partidos, as facções produzem efeito contrário, destruindo a democracia, porque atuam “à revelia das normas e dos poderes legitimamente constituídos para ordenar as relações entre os integrantes do partido”. Detentoras de poder próprio, as facções agem com mecanismos que discriminam e excluem, prejudicando “não apenas esse ou aquele setor do partido, mas a agremiação em seu conjunto” (MARTINS, 1982, p. 24). Como “estruturas paralelas que se confrontam com a estrutura oficial do partido” (MARTINS, 1982, p. 25) e procuram se sobrepor ao princípio da supremacia da maioria, as facções são contrárias à democracia e costumam se exceder em suas posições idealistas e voluntaristas.

A organização formal assume importância especial porque é por meio dela que se dá a distribuição interna de poder entre os membros da agremiação. São considerados indispensáveis na estrutura organizacional os seguintes órgãos: 1) de ação no Estado; 2) de ação na sociedade; 3) de deliberação; 4) de direção; 5) de julgamento; e 6) de formação.

Os órgãos de ação no Estado são compostos de membros do partido investidos em funções públicas, como é o caso dos parlamentares. Os órgãos de ação na sociedade compõem-se de militantes com atuação em organizações econômicas, educacionais, culturais, sindicais, comunitárias etc. Dos órgãos de deliberação, o mais importante “é a seção partidária, instância de base do partido da qual todos os militantes, sem exceção, têm que participar” (MARTINS, 1982, p. 27). Os órgãos de direção, estabelecidos em níveis municipal, estadual e federal, devem ser preenchidos mediante eleições periódicas. Os órgãos de julgamento devem ser também integrados por membros eleitos pelas bases, tendo como atribuição dirimir disputas intrapartidárias. Finalmente, os órgãos de formação destinam-se a atividades culturais, tecnocientíficas e pedagógicas.

Boa parte dessas idéias de Carlos Estevam Martins sobre democracia intrapartidária são compartilhadas por Maria Del Pilar Hernández². No entanto, ao contrário do professor paulista, a autora mexicana concebe o tema da democracia interna não como um ideal apenas, mas como uma necessidade que se impõe na vida dos partidos políticos.

Com efeito, embora admita ser quase uma lei universal e imutável a presença de resistências no interior dos partidos à democratização de sua organização e funcionamento, as quais partem das elites dirigentes que não admitem abandonar a cúpula do poder, Hernández³ afirma ser indispensável a criação de mecanismos destinados a evitar a marginalização das bases. Segundo ela, esse tipo de situação provoca um déficit democrático e de legitimidade “não só no interior do próprio partido como também em todo o aparato estatal, particularmente no que se refere ao funcionamento do sistema democrático em seu conjunto, posto que os partidos são os principais agentes do processo de representação nos Estados democráticos” (HERNÁNDEZ, 2002, p. 128). Por isso, é importante o estabelecimento de regras constitucionais e legais que regulem a vida interna dos partidos.

Após tecer considerações sobre a origem dos partidos políticos e o significado da palavra democracia, a pesquisadora mexicana formula questionamento semelhante àquele apresentado por Martins, nos seguintes termos: “que devemos entender por ‘partido democrático’, ou quando um partido cumpre com as exigências da democracia interna?” (HERNÁNDEZ, 2002, p. 131).

Consciente de que não é tarefa fácil responder a essa indagação, Hernández propõe-se a elaborar um conceito de democracia intrapartidária. Para isso, começa apresentando uma análise do debate que tem sido empreendido sobre o tema, o qual ocorre, por um lado, no plano sociológico, e, por outro, no plano jurídico.

Sob o aspecto sociológico, Hernández recorda que são quatro os principais autores que se dedicaram ao estudo do funcionamento interno dos partidos políticos, a saber: Mosei Ostrogorski, Robert Michels, Max Weber e Maurice Duverger.

Ostrogorski alerta para o perigo que um modelo de partido caracterizado pela manutenção de castas dirigentes representa para a democracia, porque esse tipo de situação acaba impedindo a participação das bases e estabelecendo no interior da agremiação um sistema oligárquico.

Com sua *lei de ferro da oligarquia*, Michels atribui à organização do partido a origem do sistema de dominação, em que os eleitos, os mandatários e os delegados exercem

² Maria Del Pilar Hernández é doutora em Direito pela Universidade Complutense de Madrid, pesquisadora do Instituto de Pesquisas Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México – UNAM e juíza do Tribunal Eleitoral do Distrito Federal do México.

³ O pensamento de Maria Del Pilar Hernández sobre democracia interna nos partidos políticos foi exposto em conferência proferida no VII Congresso Iberoamericano de Direito Constitucional, realizado no México em 2002. O texto da sua conferência, com o título “Democracia interna: una asignatura pendiente para los partidos políticos en México”, foi publicado, juntamente com os demais trabalhos apresentados no evento, pelo Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México. Essa publicação, com o título *Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas*. Memoria del VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, está disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=347>>. Acesso em: 27 mar. 2003.

domínio sobre os eleitores, os mandantes e os delegantes. Para ele, todos os partidos simulam respeito a princípios democráticos, mas na realidade o que prevalece no seu interior é uma tendência oligárquica.

Weber, por outro lado, aborda o fenômeno partidário sob o ângulo da burocratização do Estado, o que o leva a sustentar a inevitável tendência burocratizante dos partidos, como forma de garantir a sua própria sobrevivência política.

Por fim, Duverger, com uma posição semelhante à de Michels, reconhece que apesar de os partidos aparentarem ser democráticos, a realidade demonstra a sua tendência à oligarquização, o que resulta fundamentalmente da forma de seleção dos seus dirigentes e do caráter oligárquico destes, que se estabelecem como verdadeiros chefes, de difícil acesso.

A análise da democracia interna sob uma perspectiva jurídica implica o reconhecimento, para boa parte dos autores, da necessidade de regras jurídicas que obriguem os partidos a funcionar democraticamente, sendo inadmissível a resignação de parcela da doutrina, que considera “que a falta de democracia interna nos partidos políticos é um problema sem solução” (HERNÁNDEZ, 2002, p. 133), ou a vaga afirmação de que a eficácia da democracia interna está na própria sociedade ou mesmo na capacidade de autorregulação dos partidos. Na concepção dos que defendem a existência de regras jurídicas, o conflito entre estas e a liberdade de associação pode ser resolvido a partir de um novo enfoque que se dê à limitação da liberdade. Limitar a liberdade em nome da democracia intrapartidária pode significar a garantia da própria liberdade.

Nessa linha de pensamento, Hernández (2002, p. 134) propõe que a solução dos problemas que afetam o sistema democrático está em mecanismos jurídicos de caráter social, tais como, por exemplo, a seleção de candidatos por meio de eleições primárias.

Uma idéia compartilhada pela doutrina diz respeito à necessidade de se aprofundar a questão de quem obtém o poder e como este é exercido no interior do partido político. Assim, um partido será internamente democrático desde que sejam respeitados princípios tais como: 1) a assembléia geral é o órgão supremo do partido; 2) todos os membros têm direito de acesso aos cargos do partido; 3) todos os membros têm direito à informação sobre as atividades e a situação econômica do partido; 4) todos os membros têm direito a que os órgãos de direção do partido sejam ocupados mediante eleição livre e direta.

Para Hernández (2002, p. 134), esses princípios são necessários, porém insuficientes para um partido internamente democrático. Segundo ela, deve-se acrescentar, entre outros, os seguintes: 1) existência de institutos, no interior do partido, como o *referendum* e a iniciativa popular; 2) mobilidade permanente dos dirigentes; 3) respeito às minorias; 4) possibilidade de destituição dos dirigentes; 5) existência de órgãos de controle democrático; 6) descentralização dos órgãos do partido; 7) escolha dos dirigentes por meio não só dos militantes como também dos eleitores; 8) proibição de ocupação de dois ou mais cargos, no partido ou no Estado; 9) liberdade de filiação; 10) proibição de expulsões sem procedimento prévio e garantias processuais e constitucionais; 11) transparência no financiamento e doações.

Com essa abordagem do tema, Hernández apresenta, finalmente, o conceito que para ela é o mais adequado para expressar a democracia intrapartidária:

“[...] a democracia intrapartidária é constituída do conjunto de mecanismos jurídicos e medidas políticas destinadas a garantir que a escolha de seus dirigentes, assim como dos candidatos a cargos políticos, resulte da vontade majoritária das bases do partido e não da imposição das elites políticas ou econômicas. Da mesma forma, a atividade interna de um partido somente pode ser considerada como democrática quando são tutelados os direitos fundamentais dos seus militantes, mediante a existência de um controle de constitucionalidade e legalidade sobre as atividades internas dos partidos” (HERNÁNDEZ, 2002, p. 135).

Como se pode ver, o conceito é bastante amplo e abrange tanto aspectos políticos como jurídicos. Isso denota que Hernández considera que a democracia no interior dos partidos depende de vários fatores. Por um lado, deve-se cultivar o hábito do exercício da democracia, a fim de que as decisões sobre organização e funcionamento das agremiações resultem sempre da vontade majoritária; por outro, é necessário que existam mecanismos jurídicos que impeçam a violação de direitos e garantias mínimas dos seus membros, evitando e combatendo o surgimento de elites que sufocam a vida partidária.

3 Democracia intrapartidária como princípio constitucional

A Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 foi a primeira, entre poucas, a estabelecer a democracia como princípio a ser observado pelos partidos políticos na sua convivência interna. Nos termos do art. 21, as agremiações políticas devem observar, na sua organização interna, os princípios democráticos. Segundo Martins (1982, p. 7-8), em relatório do governo alemão, publicado em 1970, e que expressa a doutrina oficial do Estado alemão, afirmou-se que a democracia no interior dos partidos implica um processo de tomada de decisões em que prevaleça a vontade dos seus membros. Ou seja, a formação de opiniões deve decorrer de um processo de baixo para cima, não se admitindo que a vontade partidária resulte de cima para baixo ou de fora para dentro.

Em seus comentários sobre a experiência constitucional alemã, Valdés⁴ afirma que, apesar de as legislações portuguesa, austríaca e espanhola exigirem respeito à democracia no interior dos partidos políticos, a República Federal da Alemanha é certamente “o único Estado democrático que por meio de uma lei disciplinou de forma minuciosa as questões relativas ao funcionamento democrático dos partidos” (VALDÉS, 1997, p. 112), tendo optado por um sistema de *democracia militante*, razão pela qual o Tribunal Constitucional declarou incompatíveis com a Constituição determinados partidos políticos.

Não foi nada fácil, porém, definir a interpretação adequada do art. 21 da Constituição alemã. Logo após sua promulgação, inúmeras foram as dificuldades enfrentadas pela doutrina nessa tarefa. Intensas discussões ocorreram com o objetivo de precisar o conteúdo desse dispositivo. Alguns chegaram a afirmar que era uma verdadeira aventura identificar os princípios democráticos informadores da ordem interna dos partidos políticos,

⁴ Roberto Blanco L. Valdés é professor de Direito Constitucional na Universidade de Santiago de Compostela, Espanha.

já que se tratava de um campo vasto e difícil. Outros pugnaram por uma interpretação restritiva, com o fundamento de que a fórmula era de conteúdo negativo, destinada a evitar o autoritarismo e a burocracia no interior dos partidos.

Na busca da medida certa para o art. 21, autores como Stammer, citado por Valdés (1997, p. 113-114), sustentaram “que os partidos deveriam considerar-se democráticos na medida em que os seus membros participassem do processo de formação da vontade coletiva da organização e os seus dirigentes estivessem submetidos ao controle dos seus integrantes”. Atualmente, o entendimento prevalecente na doutrina alemã é de que o referido dispositivo constitucional exclui o princípio uniformizador e proporciona espaço suficiente para que tanto as funções do partido como as suas peculiaridades possam adequar-se à vontade formada no seu interior.

As dificuldades em traçar na legislação ordinária o conteúdo das disposições do art. 21 da Constituição alemã não foram menores do que as enfrentadas pela doutrina. Com efeito, apesar de já no ano seguinte à promulgação da Constituição, ou seja, em 1950, ter sido dado início pelo governo alemão a estudos preparatórios para a elaboração de um projeto de lei sobre os partidos políticos, que culminaram num primeiro texto em 1951, somente em 1967 é que foi aprovada a *Lei de Partidos*.

O longo tempo que transcorreu entre a promulgação da Constituição alemã e a aprovação da *Lei de Partidos* se explica, segundo Valdés (1997, p. 115), “não só pela resistência dos partidos em aceitar uma disciplina jurídica limitadora da liberdade dos grupos dirigentes das organizações, como também pela intrínseca dificuldade em estabelecer um modelo que combinasse o controle estatal com a liberdade de funcionamento interno dos partidos”. Essa dificuldade foi sentida já nos trabalhos da comissão do governo alemão encarregada da elaboração de um projeto de lei sobre partidos políticos, que acabou por apresentar um texto extremamente dúbio no tocante à democracia interna, estabelecendo, num aspecto negativo, a proibição de os dirigentes assumirem posições autoritárias e, num aspecto positivo, um processo decisório que atuasse de baixo para cima e que presidisse a formação da vontade partidária.

Mas, apesar das dificuldades teóricas na votação de uma lei que representasse um equilíbrio entre o controle do Estado e a liberdade interna, desde 24 de julho de 1967 a Alemanha conta com “um modelo de disciplina legal dos partidos realmente peculiar no âmbito do Direito europeu comparado” (VALDÉS, 1997, p. 116), o qual confere tratamento detalhado aos diversos aspectos relativos à formação e à atividade dos partidos políticos naquele país.

No Direito português, até recentemente, não havia nenhum dispositivo constitucional determinando expressamente a obrigatoriedade de os partidos políticos observarem o princípio democrático na sua organização e funcionamento. A Constituição portuguesa de 1976, em seu art. 51º, apenas incluiu na liberdade de associação o direito de fundação de partido político e participação em suas atividades, bem como, por seu intermédio, de concorrer para a formação da vontade popular e organização do poder político. O mesmo dispositivo proibiu a filiação simultânea em mais de um partido e a discriminação em razão de vinculação partidária. Nenhum partido político pode, por outro lado, utilizar

denominação que implique vinculação direta com alguma religião ou igreja, como também emblemas semelhantes a símbolos nacionais ou religiosos.

Foi na 4ª Revisão Constitucional de 1997 que ocorreu uma substancial inovação. Mantendo-se as disposições já existentes, foram acrescentadas ao texto da Constituição exigências no sentido de que os partidos “devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros” (art. 51º, n. 5).

Ao comentar esse importante acréscimo à disciplina constitucional dos partidos políticos, Canotilho afirma que agora, em Portugal, os partidos devem obediência, na sua organização interna, “à semelhança de outras organizações sociais constitucionalmente relevantes (cfr. art. 55º sobre a democraticidade interna das associações sindicais), às regras básicas inerentes ao princípio democrático (cfr. art. 223º/2/h)”. Acrescenta que a nova redação acolheu a idéia segundo a qual “a *democracia de partidos* postula a *democracia nos partidos*” (CANOTILHO, 2002, p. 318), pressupondo-se o reconhecimento de direitos fundamentais aos seus membros, como liberdade de expressão e comunicação e direito de oposição. A rigor, conforme anota o mesmo autor, o respeito a tais direitos não decorre somente do princípio da democracia intrapartidária, porque os partidos políticos, além de serem “*espaços normativamente informados* pelos princípios e regras constitucionais” (CANOTILHO, 2002, p. 324), estão diretamente vinculados aos direitos, liberdades e garantias previstos no ordenamento jurídico-constitucional português, por expressa disposição do seu art. 18º, n. 2.

Apesar de alguns textos constitucionais, como o alemão e o português, acolherem o princípio da democracia interna, é extremamente polêmica a opção pela via constitucional para obrigar o convívio democrático no seio dos partidos políticos. Valdés (1997) ilustra bem essa polêmica mediante o debate ocorrido no interior da Assembléia Nacional Constituinte italiana que votou a Constituição de 1948. Segundo ele, desde a Subcomissão Constitucional surgiram duas correntes: uma apregoava a necessidade de se estabelecer um controle sobre a organização interna dos partidos políticos e o explícito reconhecimento do seu papel constitucional; a outra defendia a plena liberdade interna dessas organizações.

O debate travado na Subcomissão Constitucional foi reproduzido no Plenário da Assembléia Constituinte, no qual alguns pugnaram por uma especificação sobre a democracia na organização interna dos partidos com o principal argumento de que a democracia não deve limitar-se ao âmbito da organização dos poderes estatais, mas abranger todos os organismos inferiores, tanto de caráter público como privado, sendo estranho deixar em aberto a questão da observância do princípio democrático justamente no interior dos partidos, que são a base do Estado. É necessário que os partidos políticos operem com métodos democráticos, pois se não praticarem internamente a democracia não se pode esperar que tenham atuação democrática na direção da vida política do país.

A corrente contrária alertava para os perigos decorrentes da interferência na organização interna dos partidos. Para os seus adeptos, o único controle legítimo e eficaz é aquele exercido pelos próprios integrantes da organização partidária, o qual sempre existirá em maior ou menor grau, na medida em que for amadurecendo a vida democrática do país.

O resultado da polêmica instalada no seio da Assembléia Constituinte foi o art. 49 da Constituição da República da Itália de 1948, que, transferindo para o âmbito da interpretação constitucional o alcance do seu conteúdo, é do seguinte teor: “Todos os cidadãos têm o direito de se associarem livremente a partidos e concorrer democraticamente na vida política nacional”.

A redação vaga e imprecisa desse dispositivo proporcionou o surgimento de um novo debate, agora no âmbito da doutrina italiana, bastante intenso especialmente na década de 1960. As mesmas linhas de argumentação surgidas no interior da Assembléia Nacional Constituinte foram transferidas para o campo dos estudos do texto constitucional. Segundo Valdés, a polêmica que se estabeleceu resultou em duas posições: de um lado, “a dos defensores de um vigente modelo italiano de ausência de uma norma legal que discipline internamente os partidos”; de outro, a dos adeptos da idéia de “utilização de um instrumento legislativo para superar alguns dos problemas da ‘partidocracia’ derivados da burocratização das organizações partidárias” (VALDÉS, 1997, p. 106).

Apesar dos diferentes pontos de vista, as duas correntes doutrinárias, ainda hoje existentes, concordam com a necessidade da observância do princípio democrático no interior dos partidos. Com efeito, a maioria dos doutrinadores italianos defende o cultivo de práticas na vida interna dessas agremiações que constituam expressão da democracia, dentre as quais, como lembra Valdés, se destacam:

“1) liberdade de ingresso e saída; 2) igualdade de direitos dos membros do partido, liberdade de expressão e direito de participação na eleição dos órgãos de direção; 3) atribuição aos órgãos internos, eleitos de forma direta ou indireta, das decisões sobre problemas importantes, os objetivos e o trabalho político do partido; 4) designação pela base do partido das candidaturas aos órgãos de representação do Estado democraticamente eleitos; e 5) as relações entre órgãos do partido e membros das assembleias parlamentares pertencentes ao mesmo” (VALDÉS, 1997, p. 107).

A implementação dessas práticas que significam respeito a princípios democráticos, para parte da doutrina italiana, não resultará de dispositivo constitucional ou da disciplina legal dos partidos políticos. Como a tendência oligárquica e burocrática verificada no interior dessas organizações é um fenômeno que atinge também a sociedade e o Estado, são necessárias modificações de caráter estrutural. Assim, somente por meio do restabelecimento dos mecanismos de formação popular e da sua transformação em vontade política, por intermédio dos partidos, haverá a prática da democracia no interior dessas agremiações.

É claro que esse pensamento não é compartilhado por todos. Um outro setor da doutrina italiana “defende a possibilidade (jurídica) e/ou a conveniência (política) do controle estatal sobre a democracia no interior dos partidos” (VALDÉS, 1997, p. 109), argumentando que, à vista do art. 49 da Constituição, não se pode excluir o controle estatal sobre essas agremiações, devendo ser conferido à expressão “método democrático” o sentido de implementação do princípio democrático na organização da vida dos partidos e o dever do Estado de assegurar a sua observância. Esse controle deve dar-se no contexto de

regras jurídicas gerais de regulamentação do referido dispositivo constitucional, ficando para os estatutos a maior parte dos aspectos centrais referentes à democracia interna, a ponto de atribuir-se-lhes a categoria de verdadeiros ordenamentos jurídicos autônomos. Assim, a lei deve ocupar-se apenas do estabelecimento de formas e procedimentos, como garantia indireta, “sem substituir-se em nenhum caso na apreciação política dos órgãos do partido” (VALDÉS, 1997, p. 111).

4 Partidos políticos no Brasil e democracia intrapartidária

Falar de democracia intrapartidária no Brasil implica a abordagem histórica do tratamento dispensado entre nós aos partidos políticos. Isso é necessário para que se entendam as razões pelas quais tema de tamanha relevância praticamente não encontrou espaço nos estudos sobre os partidos políticos desenvolvidos pela doutrina brasileira.

Os partidos, no período do Império, não passavam de associações políticas de agrupamentos que empreendiam lutas destinadas a fazer prevalecer certos interesses. Não havia organizações políticas livres e independentes. A rigor, pode-se dizer que existiam apenas duas grandes organizações, o Partido Conservador e o Partido Liberal. No entanto, apesar de os liberais serem identificados, conforme Bonavides, com a burguesia comercial, o idealismo dos bacharéis, os interesses urbanos e a busca de reformas progressistas, enquanto os conservadores pertenciam às elites reacionárias e aos grupos econômicos da época, na prática, era “quase nenhuma a diferença entre um liberal e um conservador” (BONAVIDES, 2001, p. 378). Isso justifica a indignação de Rui Barbosa, citado por Bonavides (2001, p. 379), quando afirmou que “os dois partidos normais no Brasil se reduzem a um só: o do poder”.

O advento da República não implicou nenhum avanço no aperfeiçoamento do quadro partidário brasileiro. Pelo contrário, o que se constata é a ocorrência de um considerável retrocesso, uma vez que na primeira República (1889-1930) desenvolveu-se uma mentalidade antipartidária, agravada com a introdução de um sistema regional de partidos, que se pôs a serviço das poderosas oligarquias estaduais. Nesse período, os partidos não eram considerados organizações essenciais à democracia representativa e sofriam a todo tempo hostilidades dos líderes políticos. Segundo Mezzaroba (2003, p. 194), “toda a primeira fase republicana da história política brasileira é marcada pela tentativa de reprimir qualquer tipo de organização política que pudesse vir a constituir-se em *Partido*” e contrariasse os interesses de quem detivesse o controle do poder político. Além disso, não havia uma legislação própria disciplinando a organização e o funcionamento dos partidos políticos. A constituição dessas agremiações dava-se por intermédio das regras do Código Civil de 1916 que regulavam as pessoas jurídicas de direito privado.

O resultado dessa situação partidária caótica da primeira República se refletia no principal órgão de representação política, o Parlamento. O quadro político de então é descrito por Mezzaroba nestes termos:

“Dessa forma, o Parlamento brasileiro da primeira República não tinha em seus assentos representantes da vontade coletiva. A Democracia deixava de estar assegurada pela ausência de *Partidos Políticos*, enquanto canais de expressão da Sociedade. Em um Estado que já organizava seus mecanismos de legitimação através da *representação política*, a estrutura representativa da época pode ser enquadrada como experiência precária: *facções* disfarçadas em *Partidos* absolutamente inconsistentes; valorização de lideranças individuais; falta de *representatividade*; ambiente não-democrático” (MEZZAROBA, 2003, p. 197).

Com a Revolução de 1930 e o Governo Provisório de Vargas (1930-1937), os partidos políticos (estaduais), que representavam, a bem da verdade, tão-somente os interesses das elites econômicas e políticas, foram sumariamente dissolvidos. Registra Mezzaroba (2003, p. 198) que isso decorreu do fato de Vargas ter à época o propósito de impedir o surgimento de qualquer força política que viesse a ameaçar o seu poder.

A fim de regulamentar as eleições que deveriam ocorrer logo em seguida à instalação do Governo Provisório de Vargas, surgiu o primeiro diploma legislativo tratando da existência jurídica dos partidos políticos no Brasil e disciplinando o seu funcionamento. De fato, em 24 de fevereiro de 1932, Vargas editou o Decreto n. 21.076, que ficou conhecido como o Código Eleitoral de 1932. Segundo as suas disposições, eram considerados partidos políticos permanentes aqueles que tivessem adquirido personalidade jurídica nos termos do art. 18 do Código Civil de 1916. O Código Eleitoral admitia ainda partidos políticos provisórios, desde que contassem com o apoio mínimo de 500 eleitores. No seu bojo, veio também o reconhecimento das associações de classe como partidos políticos, com direito a candidaturas próprias nos pleitos eleitorais.

Na opinião de Mezzaroba (2003, p. 203), “a legislação eleitoral da década de 1930 reconheceu juridicamente os *Partidos*, mas, ao mesmo tempo, impôs limites estreitos à sua atuação”. No desenvolvimento da cultura antipartidária, ganhou reforço uma política cerceadora e controladora dessas agremiações. Tal era o pouco caso dispensado aos partidos políticos que a Constituição de 1934 não lhes conferiu o *status* de instituições organizadas, sendo tratados apenas como “correntes de opinião” (art. 26).

Mas apesar das críticas formuladas, reconhece a doutrina que com o Código Eleitoral de 1932 foram dados importantes passos no sentido de conferir autenticidade democrática aos partidos políticos, como a instituição da representação proporcional, do voto secreto e da Justiça Eleitoral.

É no Estado Novo (1937-1945) que os partidos políticos sofrem o mais duro golpe. Pelo Decreto-Lei n. 37, de 2 de dezembro de 1937, o Governo Vargas extinguiu todas as agremiações políticas registradas na Justiça Eleitoral, abrindo um hiato na vida partidária brasileira que se estendeu até 1945.

Somente ao final da ditadura Vargas é que surgiu o Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945, estabelecendo novo Código Eleitoral, que passou a regular a organização e o funcionamento dos partidos políticos. A nova legislação determinou que, para a obtenção de registro, a agremiação não deveria conter em seu programa princípios contrários à

democracia e aos direitos fundamentais do homem. Adotou ainda a representação proporcional, determinando que todo partido deveria ser de âmbito nacional e as candidaturas a postos eletivos deveriam dar-se por intermédio dos partidos políticos.

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946, seguindo a linha do constitucionalismo contemporâneo, pela primeira vez reconheceu expressamente a existência dos partidos políticos, firmando o princípio da obrigatoriedade do partido de âmbito nacional e vedando a criação de qualquer agremiação cujo programa ou ação política “contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem” (art. 141, § 13).

O avanço constitucional, no entanto, não implicou a expressão das diferentes forças políticas da quarta República (1945-1964), dado o excesso de formalismo da legislação ordinária na criação e organização de partidos políticos e a ausência no interior dessas agremiações de “qualquer compromisso com a formação efetiva da vontade coletiva” (MEZZAROBÀ, 2003, p. 212), o que proporcionou a ocupação do espaço político, antes sob o domínio de Vargas, pelas elites e pelos militares.

Com a instalação, em abril de 1964, do regime militar no Brasil, sobreveio em 15 de julho de 1965 a Lei n. 4.740 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que fixou rígidas disposições com o objetivo de impedir a criação de novos partidos políticos e forçar a redução daqueles já registrados na Justiça Eleitoral. Além disso, a Lei primava pelo enfraquecimento da vida interna dos partidos políticos.

Numa clara demonstração “de sua incompatibilidade com qualquer tipo de organização política que viesse a dividir ou a questionar os seus propósitos autoritários” (MEZZAROBÀ, 2003, p. 214), três meses depois da edição da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, o regime militar baixou, em 27 de outubro de 1965, o Ato Institucional n. 2, extinguindo todos os partidos políticos então existentes e cancelando os seus respectivos registros perante a Justiça Eleitoral. No mês seguinte, por meio do Ato Complementar n. 4, de 20 de novembro de 1965, estabeleceu o sistema bipartidário no país.

Com o mesmo espírito da Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1965, a Constituição de 1967, “ditando um conjunto de princípios com relação à criação, organização e funcionamento das agremiações partidárias” (MEZZAROBÀ, 2003, p. 216), tentou inviabilizar a criação de novos partidos políticos e manter o sistema bipartidário já estabelecido, o que veio a se concretizar definitivamente por intermédio do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968.

A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, embora tenha introduzido substanciais modificações na Constituição de 1967, não inovou quanto à criação e ao funcionamento dos partidos políticos; apenas abrandou as exigências com respeito ao apoio mínimo necessário do eleitorado nacional e suprimiu a necessidade de apoio parlamentar para a criação de agremiações partidárias, disposições estas que na prática não proporcionaram qualquer alteração no modelo então vigente.

Em 1971, uma nova Lei Orgânica dos Partidos Políticos foi editada. Tratou-se da Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971, que entre as suas inúmeras disposições procurou fortalecer os diretórios em detrimento das convenções partidárias, centralizando o poder

interno nas cúpulas. Segundo Mezzaroba (2003, p. 219), essa medida adveio porque, “para os militares, evidentemente interessava a centralização e o controle dos partidos de cima para baixo, e não o inverso”.

Em 20 de dezembro de 1979, com a Lei n. 6.767, o Governo Militar extinguiu os partidos políticos organizados com base no Ato Complementar n. 4/65 e na Lei n. 4.740/65. Novas agremiações políticas tiveram de ser criadas, com observância das disposições da Lei n. 6.767. Apesar das muitas exigências dessa Lei, ela proporcionou a mudança do sistema bipartidário, então vigente, para um sistema pluripartidário. Nada alterou, porém, quanto à submissão das agremiações partidárias à tutela do Estado e à permanente ingerência no seu funcionamento interno.

Dessa rápida incursão histórica, percebe-se que sempre prevaleceu no Brasil uma cultura antipartidária. Os partidos nunca foram os principais atores da cena política brasileira; pelo contrário, sempre atuaram coadjuvando outras forças que conduziram a vida política do país.

O perfil do sistema partidário brasileiro, no entanto, foi radicalmente alterado a partir da Constituição de 1988. Com a instituição formal de uma democracia de representação partidária e a exigência decorrente do princípio do pluralismo político de uma auto-organização do Estado brasileiro que se pautasse por princípios democráticos, foi transferido para os partidos “o papel de engrenagem essencial no mecanismo interno do instituto da representação política no Brasil” (MEZZAROBA, 2003, p. 239).

Para cumprir com suas novas funções, o texto constitucional conferiu aos partidos políticos um regime de liberdades na sua criação, fusão, incorporação e extinção, além de certas garantias, como a autonomia para definir a sua estrutura interna, organização e funcionamento.

Essa autonomia conferida aos partidos políticos implicou a supressão da competência da Justiça Eleitoral para exercer qualquer controle sobre essas agremiações, devendo restringir-se à verificação da satisfação dos requisitos constitucionais para o seu regular funcionamento, em momentos como o do registro, o qual deixou de revestir-se de caráter jurisdicional para assumir natureza administrativa.

A regra geral vigente, portanto, é de não-interferência do Estado na vida dos partidos políticos, seja para controlá-los ou mesmos extingui-los.

O regime de liberdades que grassa entre os partidos políticos hoje lhes assegura, por exemplo, o direito ao estabelecimento de procedimentos como o das prévias eleitorais, destinadas a apurar a opinião majoritária internamente sobre candidatos a cargos eletivos. Esse mesmo regime confere-lhes também o direito de criação de normas de estruturação dos seus quadros e de funcionamento de seus órgãos, não podendo nem mesmo a lei ordinária se sobrepor às disposições dos estatutos, no que diz respeito a questões relacionadas com estrutura interna, organização e funcionamento dos partidos políticos.

No debate sobre a autonomia partidária, têm surgido alguns questionamentos envolvendo temas específicos, prevalecendo na jurisprudência o entendimento de que as seguintes questões, entre outras, são de exclusiva competência dos partidos políticos: 1) destituição de Comissão Diretora Regional Provisória pela Comissão Executiva Nacional

do partido; 2) intervenção e destituição de Diretório Regional pelo Diretório Nacional, ou de Diretório Municipal por Diretório Regional; 3) apreciação dos motivos da expulsão de filiado a partido político; e 4) fixação de data para a realização de convenção partidária.

Na difícil tarefa de interpretação do princípio da autonomia partidária, o STF tem se posicionado no sentido de que tal princípio “não se qualifica como elemento de restrição ao poder normativo do Congresso Nacional” nas questões atinentes ao processo eleitoral. Com essa premissa, o STF tem julgado que as coligações partidárias, porque incluídas na noção de processo eleitoral, “submetem-se ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa do Congresso Nacional”⁵. Em outras palavras, todas as questões relativas ao processo eleitoral, entre as quais se incluem as coligações partidárias, não estão abrangidas pelo princípio da autonomia partidária, sujeitando-se à disciplina normativa do Estado.

Cabe consignar, por oportuno, que o regime de liberdades de que gozam os partidos políticos no que se refere às questões *interna corporis* não lhes confere o direito de adotarem métodos autoritários de funcionamento. Apesar de a Constituição e a Lei n. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) não terem estabelecido expressamente que os partidos políticos devem observância ao princípio democrático nas suas relações internas – como o fizeram a Constituição e a *Lei de Partidos* da Alemanha –, o entendimento que tem sido defendido no âmbito doutrinário é de que essas agremiações estão obrigadas a se organizar e a funcionar democraticamente. Eis o ensinamento de Afonso da Silva:

“A idéia que sai do texto constitucional é de que os partidos não que se organizar e funcionar em harmonia com o regime democrático e que sua estrutura interna também fica sujeita ao mesmo princípio. A autonomia é conferida na suposição de que cada partido busque, de acordo com suas concepções, realizar uma estrutura interna democrática. Seria incompreensível que uma instituição resguarde o regime democrático se internamente não observasse o mesmo regime” (AFONSO DA SILVA, 1990, p. 348-349).

Na convicção de que o grande compromisso dos partidos políticos hoje é com a democracia, por outro lado, afirma Mezzaroba que cumpre a essas agremiações:

“[...] além do comprometimento com a preservação do *regime democrático* do sistema político, a responsabilidade de fazer com que, no interior de suas organizações, estruturas e, fundamentalmente, no seu funcionamento, os princípios democráticos sejam devidamente respeitados” (MEZZAROBA, 2003, p. 243).

Por fim, é de se registrar que a autonomia garantida aos partidos políticos não os torna imunes à ação da Justiça, no caso de ofensa a princípios constitucionais, bem como quando houver violação de direitos subjetivos garantidos, por exemplo, nos próprios

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.063/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 18.5.1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2003.

estatutos partidários, dado que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CF).

5 Conclusão

Há um consenso na doutrina sobre a importância e até mesmo a necessidade de os partidos políticos implementarem, no seu interior, práticas democráticas. As correntes de pensamento, no entanto, divergem quanto à possibilidade prática de essas agremiações se comprometerem com o princípio democrático na convivência entre seus membros. O grande problema está na tendência ao surgimento de castas dirigentes e oligárquicas e de uma burocracia sufocante, fatores que constituem verdadeiras barreiras à implementação de um sistema de liberdades, direitos e garantias no seio dos partidos políticos.

Para enfrentar essas dificuldades, a solução que tem sido apresentada é o estabelecimento de regras jurídicas obrigando os partidos políticos a adotar mecanismos democráticos de funcionamento. Assim, países como a Alemanha e Portugal inscreveram em seus textos constitucionais regras claras impondo a observância dessa prática. O objetivo é assegurar que a formação da opinião partidária decorra de um processo de baixo para cima, evitando também a influência de forças externas.

Não tem sido fácil, porém, fixar, em nível constitucional, o princípio da democracia intrapartidária. Exemplo disso é a experiência italiana, a qual demonstra que, apesar das tentativas empreendidas no interior da Assembléia Constituinte que votou a Constituição de 1948, não se conseguiu inscrever no seu texto uma norma específica obrigando a prática democrática na vida cotidiana dos partidos políticos.

No Brasil, até recentemente, não havia sentido falar-se de democracia intrapartidária. A avaliação histórica dos partidos políticos, do Império até o final do regime militar que se instalou no Brasil em abril de 1964, demonstra que nunca tivemos organizações políticas livres e independentes. Fruto de uma cultura antipartidária, as agremiações que se formaram, com raras exceções, apenas serviram de instrumento de acesso ao poder pelas elites políticas do país. Além disso, as inúmeras intervenções nos partidos políticos não permitiram que nenhuma agremiação se firmasse como efetiva representante da coletividade, proporcionando o surgimento, no seu interior, de ambiente próprio e adequado ao exercício da democracia.

Com a Constituição de 1988, entretanto, nova página da história dos partidos políticos no Brasil começou a ser escrita. Desde então, os partidos passaram a ocupar posição de destaque na cena político-institucional. Conferiu-se-lhes um regime de liberdade na sua criação e funcionamento nunca antes visto na história do país. Quanto à democracia interna, nenhum dispositivo os obriga explicitamente, o que não afasta o entendimento de que não é possível um comportamento tirânico por parte dos seus dirigentes, porque o princípio democrático, como regra geral, também rege as relações internas desses corpos intermediários.

Bibliografia

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Los partidos políticos*. Madrid: Tecnos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed., 10. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1063/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 18.5.1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

HERNÁNDEZ, Maria Del Pilar. Democracia interna: una asignatura pendiente para los partidos políticos en México. In: HERNÁNDEZ, Maria Del Pilar. *Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas*. Memória del VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. México: IIJ-UNAM, 2002, p. 127-144. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=347>>. Acesso em: 27 mar. 2003.

MARTINS, Carlos Estevam. A democratização da vida partidária. *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 8, p. 7-39, jun. 1982.

MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

AS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS ÊNFASE NAS REFORMAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS EUROPEUS

*Kédyma Cristiane Almeida Silva**

Sumário: 1 Panorama atual da Justiça penal. 2 As políticas criminais – evolução e estado atual. 3 O fortalecimento do princípio acusatório e o repasse da investigação ao Ministério Público. 4 A obrigatoriedade da ação penal e o princípio da oportunidade.

1 Panorama atual da Justiça penal

A reforma do sistema judicial é, atualmente e sob o marco de elaboração de políticas públicas, um dos assuntos de maior relevância na maioria dos Estados de Direito contemporâneos. É de amplo conhecimento o debate atualmente travado no cenário internacional sobre a crise pela qual atravessa a Justiça. Fruto de uma estrutura muitas vezes anacrônica e colapsada, o sistema judicial não consegue dar uma resposta satisfatória à demanda social de mais justiça, produzindo, entre outros problemas, dilações indevidas que geram, ao fim e ao cabo, a violação do direito à tutela judicial efetiva. Nesse contexto, alcançou-se um consenso entre todos os envolvidos nesse debate (operadores jurídicos, acadêmicos, representantes da sociedade civil organizada e políticos) sobre a necessidade de reforma das leis penais e processuais penais, para atender aos reclamos que pretendem – ante o evidente colapso e a ineficiência da Administração da Justiça – reverter o cenário de falência do sistema de justiça em vigor. Tal tendência à reforma, pela qual se inclina a comunidade internacional, tem como escopo essencialmente atacar os principais pontos de estrangulamento empiricamente evidenciados por meio da criação de mecanismos que propiciem a efetiva tutela jurisdicional, mediante a adoção – entre outras medidas de caráter extrajudicial – de um processo penal desburocratizado e célere, visando alcançar, em última instância, a otimização da Administração da Justiça criminal, desde uma perspectiva de proteção e garantia dos direitos fundamentais.

É possível assinalar como marco do movimento de reforma as que foram implantadas na Alemanha do final do século XIX, que visavam, por um lado, à unificação da legislação penal e processual penal nacional¹ e, por outro, dar uma resposta ao avanço da criminalidade de bagatela², que teve origem a partir da Primeira Guerra Mundial e

* Kédyma Cristiane Almeida Silva é Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri, Espanha.

¹ Na Alemanha deu-se a unificação jurídica em 1877, que sofreu forte influência dos ideais liberais propagados com a Revolução Francesa.

² Para lograr esse objetivo, o sistema judicial criminal alemão passou por um longo processo evolutivo, caracterizado por sucessivas reformas que implementaram, de forma gradual, mecanismos de flexibilização do princípio da legalidade, no que se refere à persecução dos delitos de escassa gravidade (de bagatela), e conseqüente fortalecimento do princípio da oportunidade. Nesse contexto, as reformas mais importantes foram as implantadas em 1924,

incrementou-se com a crise socioeconômica sofrida nos países europeus após a Segunda Guerra Mundial. Outrossim, a transição democrática ocorrida nesse continente – durante o período que sucedeu às ditaduras – deu lugar ao movimento de reforma ocorrido ao longo das décadas de 70 e 80, especialmente em países como Espanha, Portugal e Itália³, que, em boa medida e respeitadas as peculiaridades de cada um, inspiraram-se no modelo de justiça penal e processual penal alemão. Ressaltam os processualistas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Domínguez Valentín (1999:46), que esse processo de abertura política – que culminou com a subscrição pelos países europeus dos pactos internacionais de Direitos Humanos – foi fator determinante para impulsionar o movimento de reforma dos sistemas penais e processuais penais continentais. Por conseguinte, esses fatores, somados, levaram à elaboração de várias leis penais e processuais, durante os últimos vinte anos, pretendendo, em linhas gerais, aperfeiçoar o sistema de justiça criminal atualmente em vigor no continente europeu.

A partir desse enfoque, procuraremos neste ensaio traçar as linhas mestras das políticas criminais contemporâneas, implantadas no continente europeu. Daremos ênfase às principais propostas de reforma implementadas no âmbito dos sistemas judiciais criminais continentais, com o objetivo de nos aproximarmos da análise teórica dos novos institutos que se apresentarão e, ao mesmo tempo, dos benefícios sociais que comporta sua adoção no âmbito dos ordenamentos jurídicos respectivos. Destacaremos como objeto de análise as propostas de implementação do princípio acusatório – mediante o fortalecimento das funções do Ministério Público na fase pré-processual – instituição à qual se confere, de forma exclusiva ou não, as funções reservadas a um órgão de acusação oficial. Igualmente, abordaremos o debate que se apresenta na ordem do dia sobre a conveniência e a necessidade de mitigação do princípio da legalidade e a possibilidade de adoção do princípio da oportunidade, como consequência da criação de mecanismos que se fundamentam na idéia de negociação e da adoção de procedimentos abreviados. Ressaltaremos que a adoção de mecanismos que promovem soluções alternativas ao processo, incentivando o acordo entre as partes, tem como consequência direta o reconhecimento de um espaço, ainda que regrado, de aplicação do princípio da oportunidade. Dessa forma, o estudo comparado dos modelos adotados pelos ordenamentos jurídicos dos países europeus nos permitirá afirmar que a aplicação desse princípio melhor atende ao objetivo que se pretende alcançar no âmbito da Administração da Justiça criminal e que se fundamenta, em última instância, na estrita observância do interesse público na persecução e punição de condutas tipificadas.

reforma Emminger, que introduziu os atuais §§ 153 e 154 StPO – que excepcionam o princípio da legalidade para os delitos de bagatela –, e, sobretudo, a reforma de 1975, que introduziu o § 153a StPO, que regulamenta a aplicação do princípio da oportunidade, mediante a adoção de mecanismos – como, v.g., a possibilidade de suspensão (livre ou sob condições, com ou sem a anuência do Juiz) – fundados em critérios de oportunidade. Sobre esse tema vide ARMENTA DEU, T. (1991:51-64).

³ Portugal e Itália passaram por uma ampla reforma processual consubstanciada no Código Processual Penal, de 17 de fevereiro de 1987, e na Lei de 22 de setembro de 1988, respectivamente.

No que concerne à Administração da Justiça criminal, o problema principal que se formula consiste na ineficácia do sistema para alcançar os fins sociais que se propõe, e que vão desde a prevenção geral, por meio da proteção dos bens juridicamente tutelados, até a prevenção especial, que se inspira nos ideais de (re)integração e (re)socialização dos autores de condutas delitivas. Sem sombra de dúvida, tanto o Direito Penal como o Processo Penal passam por uma manifesta crise de legitimidade social⁴. O modo segundo o qual estão estruturados, por um lado, não atende à demanda social, que exige políticas públicas mais severas no tocante à atuação do Estado no combate ao recrudescimento da criminalidade urbana e, particularmente, da criminalidade organizada⁵. Por outro lado, o sistema tradicional não serve tampouco para proteger o indivíduo da atuação abusiva do poder público, que, por meio de seus agentes, frequentemente viola as garantias processuais constitucionais amplamente reconhecidas na ordem jurídica internacional como direitos fundamentais. Referimo-nos especialmente aos sistemas processuais que se fundamentam, em tese, na estrita observância da legalidade – como forma de controle da atuação dos poderes públicos perante eventuais abusos. No âmbito desses sistemas, verifica-se, na prática, a existência de um espaço significativo de discricionariedade – à margem de qualquer controle –, no tocante à atuação dos agentes estatais responsáveis pela persecução penal, e que abrange todas as suas fases e setores envolvidos, ou seja, desde os órgãos de segurança pública – polícia judiciária e militar –, passando pela atuação do Ministério Público, especialmente no que concerne à valoração dos indícios ou suficiência de provas necessárias à instauração da ação penal⁶, e culminando com a valoração judicial das provas produzidas

⁴ Neste sentido, destacamos as palavras de Delmas-Marty (2000:664): “De un lado, el Derecho Penal intervencionista y expansionista es puesto en tela de juicio en el doble plano de la legitimidad y de la eficacia, es decir, tanto en el plano moral de la adhesión a los valores y a los intereses impuestos por la norma como en el plano operativo de su ejecución. Si se entiende por crisis el ‘momento de una enfermedad caracterizado por un cambio súbito y generalmente decisivo para bien o para mal’, la reivindicación del derecho a la diferencia y el nothing works son expresivos, en este momento, del estado de crisis de la justicia penal. A este respecto una solución negociada de los conflictos parece una *solución más fácilmente aceptada que un arreglo impuesto*”.

⁵ O penalista alemão Winfried Hassemer (1995:79-81) alerta para o perigo de vincular o conceito de Estado de Direito ao de eficiência e fundamenta sua preocupação com a afirmação de que “El problema de este desarrollo no reside en que un Estado deba ser eficiente (esto resulta obvio), sino más bien en que la contraposición entre conformidad al estado de derecho y energía (dicho tradicionalmente, entre formalidad de la justicia y eficiencia) se oculta en beneficio de la idea de un derecho penal eficiente”. Continuando a análise da eficiência do sistema de justiça criminal, o juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão conclui sustentando que “Una comprensión más exigente de la eficiencia, que incluya al afectado por el derecho penal y se pregunte qué efectos tienen determinadas medidas penales sobre la conciencia de la población, en muchos casos podría llegar a la conclusión de que solamente el derecho penal conforme con el estado de derecho y el derecho procesal resultan eficientes a largo plazo: minimizan las consecuencias negativas y fomentan las buenas consecuencias”.

⁶ Sobre esse aspecto, observa o promotor português Adérito Teixeira (2000:51) que “[...] na concretização do que seja suficiência de indícios, está implícita a formulação de juízos de fato, juízos de direito e juízos de prognose (contingente). Significa isso que não fica eliminada a subjetividade de conformação prática [...] especialmente de avaliação de elementos de prova para inteligir e delimitar o facto [...]. Aqui reside, por isso, uma discricionariedade de juízo, cuja maior ou menor exigência de verificação de indícios suficientes conduz a destinos processuais opostos. Ou seja, a legalidade (obrigatoriedade) não é, neste sentido, um princípio de verificação automática ou de validade absoluta: torna-se ‘maleável’ na formação de juízos (entendimentos) e, porventura, na qualificação jurídica (em todo caso, de subsunção dos fatos à lei). Este aspecto integra-se também naquilo que se designa por discricionariedade ‘real’ ou ‘natural’, que ocorre mesmo num quadro de legalidade integral”.

na fase de instrução. Nesse sentido, ressalta Delmas-Marty (2002:452), como modelo paradigmático do reconhecimento formal do princípio da legalidade estrita, o processo penal italiano, que tem como corolário a previsão expressa da regra da obrigatoriedade da ação penal, elevando-a a norma constitucional (art. 112 da Constituição italiana). Portanto, depreende-se do estudo daquele sistema que, na prática dos atos processuais, verificam-se várias manifestações do exercício discricionário dos órgãos de persecução oficial que, na ausência de critérios prefixados, não passam por nenhum controle⁷. Nesse diapasão, o processualista italiano Guarnieri (1984:39) afirma ser, na prática, inaplicável o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, sobre a atuação do Ministério Público, ressalta que “[...] *la verità è che tra i comportamenti reprimibili il P.M. sceglie – o meglio, no può non scegliere – quelli da sottoporre al giudice; e lo fa necessariamente con un’ autonomia di valutazione che nessun giudice, anche il più spericolato, saprebbe eguagliare*” [grifos nossos].

Por outro lado, é preciso ressaltar que os problemas evidenciados no âmbito da Administração da Justiça criminal extrapolam os limites que concernem ao plano processual, e que se refere fundamentalmente à ineficiência dos procedimentos. A crise, conforme anteriormente chamamos a atenção, alcança também o âmbito da produção de direito material, refletindo-se especialmente na adoção de uma técnica legislativa defeituosa, que gera um indesejável nível de abstração e de indeterminação semântica das normas penais substantivas⁸. Por conseguinte, quanto maior é a abstração dos tipos penais, maior será o espaço de atuação discricionária dos operadores jurídicos, fundamentalmente no que concerne ao momento da interpretação das normas e, como consequência, mais difícil será o controle dos atos processuais e, em última instância, das decisões judiciais.

⁷ Adverte a autora que “[...] *el ejercicio mismo de la acción penal está determinado por una serie de actos de los que no puede erradicarse su carácter discrecional*. Ahora bien, la sobrecarga de asuntos penales, agravada por la obligación legal de perseguir la infracción, ha llevado a la utilización de estos espacios discrecionales que, de hecho, condicionan la persecución penal efectuando una criba previa de asuntos. Baste pensar, para ver el ámbito potencialmente dejado a ‘la inercia’ del Ministerio Fiscal, en la utilización del tiempo desde que la Policía (órgano dependiente del Poder Ejecutivo) le comunica la comisión de la infracción, o en las opciones que tiene en materia de diligencias de investigación [...], o en los posibles cálculos sobre los plazos de prescripción. Así pues, la aplicación del principio conduce *de hecho* a un ejercicio prioritario de las persecuciones penales obligatorias. *Y ello, con el riesgo de una ruptura definitiva del principio de igualdad ante la ley, debido al carácter discrecional de las opciones efectuadas en el plano local*” [grifos nossos].

⁸ O professor italiano Carlo Enrico Paliero abordou esse aspecto em colóquio realizado no 8º Seminário Internacional, que teve lugar em São Paulo (Brasil) no último dia 9 de outubro de 2002, quando teceu uma crítica severa ao casuísmo, indeterminação e abstração dos tipos penais, e sustentou a tese da reserva de código, embasada na filosofia do direito penal mínimo. Pela propriedade de suas colocações, destacamos o trecho de sua intervenção em que analisa as razões que estão por trás do fenômeno de hiperinflação de leis penais: “L’orientamento attuale ai flussi emotivi dei consociati o di lobbies, anche per demagogiche finalità elettorali, spinge il legislatore ad esaudire i desideri di criminalizzazione, al di là di parametri di effettiva meritevolezza di pena di talune condotte e ciò comporta l’estrema difficoltà di una precisa formulazione legislativa: esemplari nel senso di un modestissimo livello tecnico, como vedremo, appaiono per molti versi le disposizioni recentemente introdotte in materia di discriminazione razziale, di violenza sessuale, di usura, di riservatezza e di pedofilia. Sembra quasi esservi un bisogno di vaghezza, se non di ambigüita. E ciò può anche servire allo scopo di trasferire sulla magistratura la grave responsabilità della gestione politico-criminale dei fenomeni, anziché favorire il corretto adempimento della istituzionale funzione di soluzione, secondo parametri formalizzati e precostituiti, dei singoli conflitti socialmente rilevanti. L’argomento giustificativo tradizionale è quello della giustizia per il caso singolo, ma questa è raggiungibile anche con norme tassative”.

Outro aspecto de fundamental importância consiste na previsão de procedimentos complexos para a persecução de crimes de pouca gravidade, ou melhor, de pouca lesividade social, denominados “delito de bagatela”⁹. Como consequência, se desencadeia um processo de burocratização da prestação jurisdicional, que gera, por sua vez, excesso de litigiosidade, fatores que, somados, tornam o processo demasiado lento e pouco eficiente. Desde esse enfoque, Armenta Deu (1991:24) relaciona as principais consequências do fenômeno de massificação da criminalidade de bagatela, destacando, entre outras, a sobrecarga na Administração da Justiça, a falta de proporcionalidade em relação à pena, a desvalorização do Direito Penal e, por último, a ausência de proteção do bem jurídico, que se banaliza ao ser incluído entre os considerados de pequena gravidade. Outrossim, é do conhecimento de todos que o mau funcionamento da Justiça, sobretudo a criminal, representa um incentivo ao descumprimento das condenações, gerando assim mais impunidade.

Por conseguinte, o custo social que representa ativar a máquina judiciária, particularmente no que concerne à solução de delitos de pouca gravidade, pode ser muito superior a seus benefícios. Ao contrário, o que se observa é que o recrudescimento da política de repressão sem tréguas – a começar pela menor infração – reforçada pelo discurso apelativo que se justifica na premência do combate à impunidade, além de não dar uma resposta satisfatória no tocante ao controle da pequena criminalidade, não consegue tampouco utilizar os meios materiais e humanos de que se dispõe a serviço do controle da criminalidade grave, a qual demanda muito mais recursos que os investidos na resolução dos denominados crimes de bagatela.

Partindo das premissas anteriormente traçadas, adquire relevância a questão que se formula e que assume um viés polêmico, em boa parte como decorrência da complexidade que representa a execução das propostas de reforma do sistema de justiça penal, em relação às implementadas no âmbito do processo civil. O argumento mais utilizado pelos que resistem às inovações propostas é o de que a justiça penal afeta, de forma direta, direitos indisponíveis e, por essa razão, justifica-se o interesse público na sua satisfatória proteção, e fundamenta-se o dever de persecução criminal que deriva da titularidade do *ius puniendi* pelo Estado. Ao contrário do que ocorre na jurisdição civil, que atua predominantemente na esfera dos direitos patrimoniais, o grau de autonomia das partes para transigir na jurisdição penal é muito menor, em relação ao que se lhes confere para disporem de direitos no âmbito da jurisdição civil, considerando-se a natureza dos bens jurídicos em questão.

A esse argumento se contrapõe a tendência que atualmente se depreende do estudo comparado dos sistemas de justiça penal e que se orienta a favor do movimento de privatização do Direito Penal. Tal tendência se manifesta por meio da adoção de institutos inspirados na noção de negociação, que encontra sua origem no direito anglo-saxão¹⁰. Dessa forma, a polêmica gira em torno do questionamento sobre em que medida convém

⁹ Armenta Deu (1991:23) formula a seguinte definição de “delito de bagatela”: “[...] hechos contemplados en las leyes penales, cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia”.

¹⁰ J. L. Gómez Colomer (2001:208) observa que “[...] hay en la actualidad, desde hace unos 30 años más bien, una clara tendencia a fijarnos en el modelo de enjuiciamiento criminal anglosajón, que es el que se está imponiendo si contemplamos las grandes reformas europeas (Alemania la primera en 1975, después Italia y Portugal, ambos países en 1988; y España a punto de empezar)”.

manter, de forma tão marcada, a dicotomia entre direito público e privado, uma vez que o apego a determinadas regras, como, v.g., a da obrigatoriedade da ação penal – ainda que tenha cumprido papel reconhecidamente fundamental na conquista e na consolidação de direitos –, pode dar causa à ausência de legitimidade do sistema para atingir os fins que pretende lograr. Desde essa perspectiva Delmas-Marty (2000:666) põe em evidência a tendência a difundir-se a distinção entre público e privado¹¹, que se caracteriza fundamentalmente pela coexistência das ações que requerem a iniciativa exclusiva da vítima ou, ainda, as que pressupõem o seu consentimento para que sejam instauradas, juntamente com as de iniciativa do Ministério Público; pela substituição da pena privativa de liberdade por sanções de natureza civil, consubstanciadas na condenação em pagamento de multa e/ou reparação dos danos causados à vítima, ou ainda pela reconsideração do papel reservado à vítima no processo penal, que decorre da adoção de mecanismos que privilegiam sua reinserção no processo, como parte diretamente interessada na solução do conflito.

Por conseguinte, as reformas propostas no âmbito do sistema de justiça criminal não devem ser analisadas apenas sob o ponto de vista da complexidade e dos custos que decorrem de sua implementação. É preciso considerar especialmente os fins sociais que se pretende alcançar e que são a razão de existência do processo¹². Em última instância, o desafio das políticas criminais contemporâneas é encontrar uma fórmula de equilíbrio entre a necessidade de mais eficiência e a efetiva proteção dos direitos fundamentais, mediante o respeito às garantias processuais que vêm expressas nos textos constitucionais e pactos internacionais.

2 As políticas criminais – evolução e estado atual

Todo sistema judicial criminal deve orientar-se pelos fins que deseja alcançar¹³, e o primeiro passo consiste em traçar as premissas que devem servir como parâmetro à política criminal que se deseja implementar em determinado ordenamento jurídico¹⁴.

¹¹ A autora esclarece, por outro lado, que o mencionado movimento remonta a uma tradição histórica anterior ao nascimento do Estado moderno. Vide DELMAS-MARTY (2000:667). Na mesma linha é a lição da professora Armenta Deu, que, em vários trabalhos de sua autoria, ressalta que originariamente imperava o princípio acusatório puro, isto é, o exercício da ação penal constituía um direito subjetivo atribuído ao particular, dependendo a persecução penal de sua iniciativa. Vide ARMENTA DEU (1995:27 e 1996:314).

¹² Sobre o papel destinado ao processo penal moderno, lecionam Gimeno Sendra, Moreno Catena e Domínguez Valentín (1999:43): “Frente a las tesis monistas, que circunscriben la función del proceso penal a la actuación del ius puniendi del Estado, cabe afirmar que en el proceso penal contemporáneo no se puede reconducir a la unidad la multiplicidad de funciones que asume el proceso penal, pues, junto a dicha clásica función de actuación del ‘derecho de penar’ del Estado, en los sistemas democráticos contemporáneos han aparecido y se yuxtaponen otras, como lo son la protección del derecho a la libertad, la del derecho a la tutela de la víctima y la de reinserción del propio imputado”.

¹³ Adverte o analista econômico do Direito Santos Pastor (1993:213-222) que a falta de objetivos precisos é uma das causas da ineficiência do sistema de Administração da Justiça.

¹⁴ Adotamos o conceito de política criminal formulado por Díez-Picazo (2000:27): “La política criminal, por su parte, consiste en la adopción de una estrategia global en materia de prevención, investigación, persecución y represión de la criminalidad. Debe fijar ciertos objetivos, para cuya consecución se aprestan determinados medios. Así, al igual que cualquier otra política pública, la política criminal implica opciones; y éstas no corresponden tan sólo al momento legislativo, sino inevitablemente también al de aplicación de la ley”.

Significa dizer que a primeira meta a ser atingida pelo Direito Penal deve ser identificar as condutas que merecem ser criminalizadas. Em um segundo momento, já no âmbito de definição da pena, cumpre determinar qual é o seu sentido e a sua finalidade. Partindo dessas premissas, verifica-se que, quanto mais repressiva é a política criminal adotada – que se reflete na criação de novos delitos e agravamento de penas –, maior será o campo de ingerência do poder público na esfera privada e, em consequência, maior será a litigiosidade.

Desde esse enfoque, o modelo de Justiça emergente – segundo a classificação do português Figueiredo Dias – vincula-se ao designado Estado pós-social ou pós-moderno. Este parte da idéia de ineficácia do sistema jurídico-sancionador e se apóia nos novos movimentos criminológicos, especialmente nas perspectivas crítica, radical, interacionista ou do *labeling approach*, que postulam a intervenção mínima do Estado na esfera de liberdade individual. A reação penal estaria, dessa forma, reservada às situações de violação de bens jurídicos claramente individualizáveis e em um grau de intolerabilidade que justificasse, socialmente, a necessidade de punição.

Voltando ao primeiro problema formulado – sobre o conceito de delito –, a teoria moderna do Direito Penal evoluiu desde as concepções éticas – fundamentadas na doutrina cristã do direito natural¹⁵ –, passando pela adoção de concepções de corte liberal e racionalista – que privilegiam a proteção da liberdade e da segurança do indivíduo –, e alcançando-se atualmente os novos movimentos de criminalização, que se fundamentam no denominado Direito Penal do risco. Este abarca, por um lado, as novas condutas lesivas, sobretudo no âmbito dos direitos e interesses difusos (v.g., os crimes fiscais, contra o patrimônio público e contra o meio ambiente) e, por outro, as que afetam bens jurídicos individuais, como, p.ex., as que configuram a violência intrafamiliar, a prática de racismo, de tortura, entre outros. Outrossim, ressaltamos que a cada concepção de delito corresponde uma finalidade distinta da pena. Dessa forma, ao longo desse processo evolutivo é possível identificar três escolas¹⁶ iurisfilosóficas – retributiva e preventivas especial e geral – que se destacam por sua contribuição na busca de uma teoria que melhor justifique os fins do Direito Penal.

Seguindo a linha evolutiva das teorias sobre o Direito Penal e sobre a pena, verifica-se que as concepções éticas do delito vinculam-se à noção da pena como castigo ou retribuição, ou seja, a pena é vista como um fim em si mesma, e, por outro lado, conduzem à elaboração de tipos que protegem a “moral” ou determinados “valores”, v.g., o § 117 do StPO alemão, em vigor até 1969, que definia como delito a homossexualidade entre adultos. Já as concepções racionalistas – surgidas durante o período do Iluminismo e propagadas por iusfilósofos do século XVIII e início do século XIX, da magnitude de Beccaria e

¹⁵ C. Roxin (1997: 63), ao abordar esse tema, argumenta que “Esta opinión no se puede compartir, porque la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica”.

¹⁶ Adotamos a classificação de Roxin (1997:81-103).

Bentham – limitavam a resposta penal à proteção da dignidade humana¹⁷. Atualmente predominam as noções de lesividade social da conduta e de proteção do bem jurídico, privilegiando-se, assim, as concepções preventivas da pena. Sob esse ponto de vista, a tarefa do Direito Penal se limita à proteção subsidiária de bens jurídicos¹⁸. Isto é, a resposta penal tem como pressuposto a demonstração de sua necessidade, esgotadas todas as possibilidades de resolução do conflito por outros meios, previstos especialmente pela implementação de políticas sociais. Outrossim, o legislador e os operadores jurídicos devem, ao estabelecer e aplicar a pena, ter como parâmetros político-criminais a finalidade de prevenção geral e especial, sendo, por último, a culpabilidade de importância fundamental como critério para se estabelecerem os limites da intervenção do Estado na esfera de liberdade individual.

Em apertada síntese, é possível afirmar que atualmente se alcançou um consenso entre a comunidade jurídica européia sobre a finalidade da pena. Dessa forma, é pacífico o entendimento de que, sob o marco de um Estado democrático de Direito, deve-se procurar lograr fins exclusivamente preventivos, excluindo-se, portanto, os supostos de caráter retributivo que anteriormente eram concebidos como objetivos igualmente legítimos. Com efeito, as constituições dos Estados ocidentais, bem como os pactos e as declarações internacionais de direitos humanos, estabelecem expressamente a finalidade preventiva especial, consubstanciada na noção de ressocialização do autor do delito. Mencionamos, como exemplo, o artigo 25.2 da Constituição espanhola, que estabelece como finalidade da pena a reeducação e a reinserção social do autor. Nesse diapasão, a ressocialização adquiriu *status* constitucional no âmbito do ordenamento jurídico alemão, conforme se desprende da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele país¹⁹. Nesse sentido ressalta Roxin (1997:87) que

¹⁷ Beccaria (1982:28) já afirmava que o fim das penas é proteger a ordem social evitando a realização de infrações. O que fundamenta o direito de castigar do soberano é a necessidade de prevenir delitos. Figueiredo Dias e M. C. Andrade (1992:8) sintetizam o pensamento de Beccaria, afirmando que ele “procurou fundamentar a legitimidade do direito de punir, bem como definir os critérios da sua utilidade, a partir do postulado do contrato social (sc., da tutela de interesses de terceiros) e inúteis todas as que não sejam adequadas a obviar às suas violações futuras, em particular as que se revelam ineficazes do ponto de vista da prevenção geral”. Concluem esses autores ressaltando a atualidade dos ideais de Beccaria que “persistem ainda como arquétipo do moderno ordenamento jurídico-penal”.

¹⁸ Esclarece Roxin (1997:65-67) que “esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición del exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico [...]” y que “el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante”.

¹⁹ Conforme se extrai da leitura do art. 40 do Código Penal português de 1995 e do art. 18^o-2 da Constituição lusitana, Portugal se inclui entre os países que adotam um programa de política criminal fundamentado na concepção mista da pena, consistente na observância das finalidades preventivas especial e geral, desde que observado o limite insuperável da culpabilidade.

“[...] la jurisprudencia más reciente también ha otorgado más amplitud que antes a la idea de resocialización. Así dice el BverfG (E 35, 202, 235 s. = sentencia Lebach): ‘Como portador de derechos fundamentales resultantes de la dignidad humana y que garantizan su protección, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena. Desde la perspectiva del autor este interés por la resocialización surge de su derecho fundamental del art. 2, ap. 1, en relación con el art. 1 GG. Desde la sociedad, el principio del Estado social reclama provisiones y acciones sociales estatales’”.

Por conseguinte, a (re)ssocialização é concebida atualmente no cenário europeu como um direito fundamental²⁰, cumprindo ao Estado o dever de promover os meios que a tornem efetiva e não apenas uma norma programática, ainda que suponha a comprovação da necessidade no caso concreto, bem como a voluntariedade a sujeitar-se aos programas de ressocialização, por parte das pessoas a quem eles se destinam.

Por outro lado, os fins preventivos gerais devem coexistir à finalidade preventiva especial²¹. Partindo dessa premissa, adotamos a fórmula encontrada por Roxin (1997:95), que na busca de uma definição conciliatória entre as teorias preventivas concebeu-a como uma “teoria unificadora preventiva dialética”, pois consiste na síntese das teorias clássicas, ainda que, a princípio, tenham como escopo objetivos antagônicos. Portanto, para os partidários da escola “dialética” a pena se justifica tanto pela sua finalidade de (re)ssocialização – no âmbito individual –, como de prevenção geral, na medida em que pretende também controlar o recrudescimento da criminalidade. Nesse sentido adverte Roxin (2000:33):

“El Derecho penal tiene, por tanto, una tarea social frente al delincuente y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente en Alemania, que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general”.

Não obstante, não se pode olvidar que nas hipóteses em que se verifique um conflito entre os fins preventivos especial e geral – como ocorre, p. ex., nos casos em que se aplica uma pena desproporcionada no que diz respeito à finalidade de (re)ssocialização, ainda que seja fixada dentro dos limites estabelecidos em abstrato pelo estatuto penal – o

²⁰ C. Roxin (1997:96) tenta responder às críticas que provêm dos incrédulos em relação à possibilidade de (re)ssocialização, argumentando que “Lo propio rige para las dificultades que resultan de la observación de que programas de (re)socialización bien pensados se han mostrado hasta ahora como fracasados. Tales reveses se deben en parte a la desatención a los puntos de vista que se acaban de exponer y, en parte también, a que el Derecho penal socializador se encuentra todavía en los comienzos de su realización. Los esfuerzos realizados hasta ahora en la República Federal han producido múltiples resultados alentadores. Pero los inevitables extravíos tampoco pueden conducir a un ‘fiasco de la teoría de la pena’, porque la función preventivogeneral de la pena puede fundamentar por sí sola la pena si fuera necesario y no se ve menoscabada por los fracasos preventivos especiales que se pueden producir aquí y allá”.

²¹ Esse é o posicionamento de J. Figueiredo Dias (1999:129): “Desta concepção básica resulta como consequência que não se justifica, nem é conveniente, nem eficaz, assimilar à pena ou só finalidades de prevenção geral, ou só de prevenção especial. Umas e outras devem coexistir e combinar-se da melhor forma e até o limite possível, porque umas e outras se encontram no propósito comum de prevenir a prática de crimes futuros”.

critério a ser adotado para dirimi-lo deverá ser o da ponderação, desde que se garanta a aplicação do mínimo de pena necessário a preservar a confiança no sistema por parte da coletividade²² e ²³.

Portanto, a medida da pena não supõe por si mesma o alcance das finalidades que se pretende lograr, sendo uma pena eventualmente considerada leve tão ou mais eficaz no sentido da prevenção geral que uma pena dura. Essa afirmação é reforçada pela análise estatística comparativa realizada por H. Kury (2001:309), que conclui que, entre modelos tradicionais de resposta penal – fundamentados na aplicação da pena privativa de liberdade – e modelos modernos, em que se aplicam medidas alternativas à pena de prisão, “la reacción más leve no es peor que la más dura, pero sí más humana y barata”. Outrossim, considerando-se os estudos sobre os efeitos prejudiciais das penas de longa duração²⁴ – sobretudo ante a presença de delitos de pequena e média gravidade, bem como em relação a réus primários – a recíproca não é verdadeira, isto é, verifica-se que a aplicação de uma pena mais grave, nessas condições, produzem um efeito contrário à pretendida (re)socialização²⁵. Além disso, ressalta H. Kury (2001:307) que a privação da liberdade acarreta também efeitos secundários contraproducentes que afetam, além do réu, o seu núcleo familiar. Isso se reflete em um aumento das taxas de criminalidade indireta, ante o ingresso de seus familiares na carreira delitiva. A tais efeitos se soma a desestabilização do núcleo familiar, gerando, ao fim e ao cabo, uma cultura de exclusão social.

À parte o processo evolutivo das concepções sobre os fins do Direito Penal, que se manifestou fundamentalmente no campo teórico, fazemos constância de que nas últimas décadas observa-se um movimento de recrudescimento das teses que se justificam na necessidade de prevenção geral assecurativa. Esse fenômeno surge como reflexo da desconfiança em relação à possibilidade de reabilitação e (re)integração do delinquent. Conforme observa R. Bergalli (2003:59), essa descrença deriva, na verdade, da derrocada do modelo europeu do *Welfare State*, como consequência da adoção, nas últimas décadas,

²² Figueiredo Dias (1999:131) faz alusão a uma medida ótima de tutela dos bens jurídicos, que atenda à finalidade preventiva geral. Desta forma se garante que a tutela dos bens jurídicos seja efetiva e eficiente, ainda que a pena seja fixada abaixo do limite mínimo previamente estabelecido, desde que repercuta no meio social.

²³ Nesse sentido, aclara Roxin (1997:98) que “La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal”.

²⁴ H. Kury (2001:293) traça um paralelo entre as taxas de criminalidade e a política criminal adotada nos Estados Unidos, Finlândia e Alemanha, e, ao confrontar os dados estatísticos, sustenta que “[...] la eficacia de las sanciones (duras), en particular de la pena privativa de libertad, es muy limitada en un país con respecto a una reducción de la tasa de criminalidad, si es que se produce. A lo sumo, el efecto mínimo está evidentemente en una muy desfavorable relación en cuanto a los costes materiales e inmateriales producidos, prescindiendo totalmente de planteamientos éticos. Tales sanciones, como precisamente la pena privativa de libertad o acaso la pena de muerte, tienen evidentemente también importantes efectos negativos adicionales, que eventualmente podrían anular los efectos positivos existentes [...]”.

²⁵ Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:37) afirmam que “La relevancia de estas distinciones para las futuras investigaciones criminológicas es el intento de precisar qué variable es más influyente en aras de prevenir delitos, esto es, la severidad, la certeza o la celeridad. También en este terreno las investigaciones distan de ser concluyentes, pero parece existir un cierto consenso de que la certeza de la pena es más relevante que su severidad” [grifos nossos].

de políticas econômicas neoliberais, que privilegiam a livre-concorrência em detrimento do investimento de parcela do orçamento público em políticas sociais que, em última instância, reverteriam em prol de políticas criminais. Argumenta o autor que a adoção de políticas públicas, tomando como base os ideais que emanam da concepção do Estado de bem-estar, permitiu conceber fins sociais à prisão, por meio da adoção de estratégias orientadas à recuperação e ressocialização de condenados à pena privativa de liberdade.

Por outro lado, advertem Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:44-56) que as políticas públicas que se fundamentam na necessidade de prevenção geral assecurativa derivam das teorias da eleição racional e das atividades rotineiras, surgidas nos EUA na década de 80, e se caracterizam pela ênfase nos fatores que, em tese, geram oportunidades à prática delitiva, distanciando-se das correntes criminológicas que enfocam como objeto de estudo as causas que motivam a delinquência. Como consequência, observa-se atualmente, sobretudo no discurso político, o incentivo à promoção de estratégias denominadas de “prevenção situacional”, consistentes na adoção de técnicas que diminuem o número de oportunidades para a prática delitiva – influenciando, assim, no espaço físico que rodeia a pessoa e na qual desenvolve suas atividades –, mediante a opção por medidas que aumentem a vigilância e a proteção dos bens jurídicos (como, v.g., estabelecer medidas de controle de acesso aos lugares públicos e privados; impor toques de recolher; restringir o uso de armas; aumentar a vigilância, seja por meio da ampliação do aparato policial, seja por meio da segurança privada) e, outrossim, incrementando os métodos de incapacitação, como o encarceramento e a restrição de direitos. Dessa forma, as teorias de prevenção geral assecurativa visam fundamentalmente à proteção da coletividade em detrimento da proteção individual²⁶ e deram origem ao renascimento da finalidade de incapacitação da prisão²⁷. Alertam Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:56) que o recrudescimento da população carcerária nos EUA nas últimas décadas é, sem dúvida, consequência da adoção de políticas que se justificam nos fins preventivos gerais assecurativos. Nesse contexto, se observa a formulação de políticas criminais cada vez mais repressivas e menos garantistas, que privilegiam a proteção da segurança à liberdade²⁸. O sociólogo francês Loïc Wacquant (2002:08), em artigo recentemente publicado no jornal *Le Monde Diplomatique*, aborda magistralmente o incremento das políticas criminais repressivas na Europa e ressalta que as autoridades públicas defendem um modelo que se fundamenta na legitimação simbólica da segurança e que, em última instância, apenas fortalece a cultura de exclusão social que,

²⁶ Vide ROXIN, C. (2000:17-36).

²⁷ As medidas de incapacitação refletem-se, p.ex., nas hipóteses elencadas por S. Jacob (1989:148), como a retirada da habilitação para condução de veículo automotor ou o confisco do veículo.

²⁸ Para ilustrar essa tendência, mencionamos o projeto de lei, encabeçado pelo Executivo francês, que confere amplos poderes à polícia, fundamentalmente no que se refere à aplicação de medidas cautelares, sem que passem pelo controle judicial, ou, ainda, o recém-aprovado anteprojeto de reforma da legislação penal penitenciária espanhola, que eleva de 30 a 40 anos a duração máxima da pena privativa de liberdade e endurece as condições de acesso aos benefícios penitenciários aos condenados por delitos de terrorismo, além de criar novos pressupostos, fundamentados, p.ex., na reincidência, para autorizar a prisão preventiva. Vide: El Gobierno francés quiere amplios poderes para la policía en detrimento de los jueces, *El País*, 27 set. 2002, p. 3; El aumento de las penas por terrorismo, *El País*, 12 jan. 2003, p. 13; e MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Hacia un derecho penal del enemigo?, *El País*, 15 jan. 2003, p. 26.

com o recrudescimento do movimento migratório, também se tornou realidade nos países europeus.

Por conseguinte, a questão que se formula é qual o grau de eficácia das políticas fundadas sob a filosofia do *law and order*²⁹. O professor italiano M. Pavarini (2002:159) nega a eficácia dessas políticas e, para isso, argumenta que

“As políticas de ‘lei e ordem’ e ‘tolerância zero’ se inscrevem portanto no interior de um horizonte míope de reprodução de velhas receitas para novos problemas. Na ausência de uma cultura adequada para uma sociedade a elevado risco criminal se acaba por responder aos difusos riscos criminais com o instrumento da penalidade difusa. Mas o atalho repressivo imediato se mostra ilusório: porquanto se possam elevar as taxas de carcerização e penalidade essas se mostrarão sempre inadequadas e insuficientes àquelas da criminalidade de massa, como pudemos perceber na análise crítica das estratégias da incapacitação seletiva”.

Em última análise, o que se trata é de responder às seguintes perguntas: O incremento da criminalização de condutas e o agravamento de penas dão uma resposta satisfatória à demanda social de maior segurança e de diminuição das taxas de criminalidade? E, por outro lado, qual é o custo social dessas políticas?

Os estudos mais avançados na análise dos problemas formulados respondem negativamente a essas perguntas, pondo em xeque a efetividade das políticas repressivas, fundamentalmente no que concerne à pequena e média criminalidade. Outrossim, questionam o alto custo social que pressupõe sua efetiva implementação. Dessa forma, a essas políticas se contrapõe a tendência que se manifesta mediante iniciativas de promoção de estratégias preventivas em detrimento das repressivas, expressa por meio do forte apelo à noção de cidadania, de participação ou de comunidade. A professora Delmas-Marty (2000:662) cita como exemplo os contratos de segurança concluídos entre o Ministério da Justiça e as Administrações municipais na Bélgica e, “en Francia, la red de instancias locales de prevención de la delincuencia, así como la acción de la Delegación interministerial en la ciudad, que ha contribuido a la investigación de modos alternativos de solución de litigios en los barrios”.

Por outro lado, observa-se uma forte tendência à adoção de programas descriminalizadores, despenalizadores e fundamentalmente de *diversão*³⁰, como reflexo da contribuição da criminologia moderna, que se fundamenta basicamente na teoria do etiquetamento, também denominada do *labeling approach*, que teve origem nos EUA na década de 60. Essa escola da criminologia trouxe uma concepção verdadeiramente

²⁹ Adotada pela primeira vez nos Estados Unidos e que se fundamenta na “política llamada ‘tolerancia zero’, que se empeña en perseguir sin tregua la más mínima infracción en la vía pública”. Vide LOÏC WACQUANT (2000:09). R. Bergalli (2003:76) adverte que esse é o discurso político que predomina atualmente na Europa, sintetizando a denominada cultura da emergência e a adoção de campanhas de *law and order*, e para ilustrar o autor cita as políticas criminais adotadas ultimamente em Milão, Paris, Madri e Barcelona, como resposta à onda de criminalidade urbana.

³⁰ Terminologia adotada por Figueiredo Dias (1992:391; 402) para definir as estratégias alternativas ao sistema penal tradicional, adotadas no tocante à pequena criminalidade.

revolucionária, mudando seu objeto de pesquisa – que anteriormente se concentrava no estudo da pessoa do delinqüente e das causas que geram a delinqüência – trasladando-o para a análise do processo de criminalização. Isto é, essas teorias comprovam que o próprio sistema penal é responsável pelo processo de definição do delito, por meio da criação de estereótipos sobre a pessoa do delinqüente. Como consequência, o aparato processual produz, em última instância, a estigmatização do réu, que deriva da reação social negativa. A partir daí, forma-se a identidade do delinqüente que, uma vez constituída e desencadeado um movimento de círculo vicioso, favorece o cometimento de futuros crimes³¹.

Nesse contexto, reclama-se uma política criminal que se fundamente na idéia do Direito Penal mínimo – sobretudo no âmbito da pequena e média delinqüência – e que promova o fortalecimento de estratégias de *diversão*. Estas partem da crítica às denominadas instituições totais³² (o cárcere, os hospitais psiquiátricos, entre outras) e têm como consequência a adoção de formas alternativas ao sistema penal, que pretendem fundamentalmente evitar o processo de estigmatização, gerado a partir da instauração da ação penal³³. Sob esse ponto de vista, verifica-se no âmbito das reformas a implementação – de forma sistemática ou gradual – de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflito, como podem ser as medidas alternativas à prisão (p.ex., a reparação do dano causado à vítima)³⁴. Por conseguinte, a reparação do dano é atualmente considerada como uma “terceira via” do Direito Penal. Em última análise, e como bem sintetizou a criminóloga catalana Elena Larrauri (1991:213), “[...] la cuestión no estriba en buscar castigos alternativos sino alternativas al castigo, o dicho de otro modo, se trata de encontrar medios alternativos de resolver los conflictos sociales – de los cuales el delito es uno de ellos”.

3 O fortalecimento do princípio acusatório e o repasso da investigação ao Ministério Público

Ao traçarmos a linha evolutiva do processo penal, verificamos que os ordenamentos jurídicos implantados nas sociedades ocidentais refletem modelos historicamente reconhecidos como inquisitorial ou acusatório. No primeiro – de cunho fortemente intervencionista – as funções de investigação, acusação e julgamento concentravam-se em

³¹ Sobre a teoria do etiquetamento, vide: FIGUEIREDO DIAS, J. e ANDRADE, M. C. (1992:342-361); MOLINÉ, J. C. e PIJOAN, E. L. (2001:199-223); e LARRAURI, E. (1991:25-35;129-140).

³² Figueiredo Dias e Costa Andrade (1992:351) reportam-se à definição de “instituições totais” formulada por E. Goffman, que em seu livro *Asylums* (1961) as conceitua como “lugares de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos em igual situação, isolados da sociedade por um período apreciável de tempo, compartilham na sua reclusão uma rotina diária, administrada formalmente”.

³³ Cid Moliné e Elena Larrauri (2001:221) sustentam que “También por lo que se refiere a sus propuestas de política criminal pensamos que esta teoría permite avanzar en las demandas de descriminalización y descarceración como respuestas alternativas a la criminalización de los problemas sociales. Si partimos de que el Derecho penal, y en especial la pena de prisión, es la respuesta más severa que puede dar un Estado a los problemas existentes en la sociedad, no hay duda de que la perspectiva del etiquetamiento contribuyó a sensibilizar acerca de los efectos negativos de estas respuestas y en esta medida favoreció la búsqueda de alternativas a la pena de prisión”.

³⁴ H. Kury (2001:293) adverte que a concepção que privilegia a resposta penal “ha estado tradicionalmente más influida por la idea de la pena y venganza que por la reflexión de cómo podría ayudarse mejor a la víctima a largo plazo, para compensar los daños psíquicos o materiales producidos”.

uma única pessoa – o juiz. Além dessa característica, ressaltamos como aspectos essenciais ao modelo inquisitivo o caráter secreto do juízo e a concepção do réu como objeto do processo. Assim, a partir de uma visão inquisitiva, verifica-se a supervalorização da confissão, sendo todos os meios válidos para se alcançar esse fim, inclusive a prática de tortura.

Por conseguinte, o processo penal inquisitivo tinha como único escopo atender aos interesses do Estado. Sob essa perspectiva os direitos fundamentais eram relegados a um segundo plano, dando-se ênfase à atuação enérgica do Estado, na busca de uma resposta efetiva no tocante ao combate da criminalidade.

O modelo acusatório, por sua parte e seguindo a linha de desenvolvimento e consolidação das democracias modernas, define-se por seu aspecto fortemente garantista, ou seja, mais consentâneo à filosofia de proteção dos direitos fundamentais³⁵. Dessa forma, o modelo acusatório caracteriza-se fundamentalmente pela observância de dois aspectos³⁶: a) a separação das funções de acusação e julgamento entre sujeitos distintos, como condição indispensável à garantia da imparcialidade do juiz; e b) a delimitação precisa da acusação (identificando-se claramente o acusado, bem como os fatos delitivos que lhe são imputados), para que o acusado conheça previamente por qual crime responde e se lhe permita definir sua linha de defesa. Portanto, a adoção do modelo acusatório implica trasladar o réu da posição de objeto do processo – a qual lhe reservava o modelo inquisitivo – para a de sujeito, conferindo-lhe uma gama de direitos (contraditório, presunção de inocência, ampla defesa, entre outros) que anteriormente não lhe ocorreria reivindicar³⁷.

Nesse contexto, sob a perspectiva de proteção de direitos, é consenso entre os processualistas europeus que o princípio acusatório melhor atende às metas que se pretende lograr, sob o marco do Estado democrático de Direito, particularmente no concernente ao direito ao *due process of law*. Afirma Hassemer (1995:91) que “La superación del procedimiento inquisitivo en el actual proceso penal constituye una piedra angular en el desarrollo hacia el estado de derecho”. Dessa forma, a imparcialidade do juiz converte-se na principal exigência a ser cumprida pelos sistemas de Justiça, e – como corolário do direito a um processo com todas as garantias – reclama-se a implementação no âmbito dos sistemas processuais do princípio acusatório³⁸.

³⁵ Afirma L. Ferrajoli (1998:563): “La selección de los elementos teóricamente esenciales en los dos modelos está, además, inevitablemente condicionada por juicios de valor, a causa del nexo que sin duda cabe establecer entre sistema acusatorio y modelo garantista, y, por otra parte, entre sistema inquisitivo, modelo autoritario y eficacia represiva”. Compartilha desse posicionamento J. L. Gómez Colomer (2001:210): “Este principio es una garantía esencial del proceso penal, elevado a rango de derecho fundamental, por ejemplo, en España, al entenderse implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías consagrado constitucionalmente. Dentro de esta máxima genérica se encuentra la exigencia de la imparcialidad del Juez, lo que supone la separación entre las funciones de instruir, acusar y juzgar”.

³⁶ Em C. Guarnieri (1984:126) se encontra uma boa síntese dos principais aspectos dos modelos inquisitivo e acusatório.

³⁷ O processualista B. J. J. Maier (1991:04) argumenta que “Las reformas, sin embargo, suavizan el rigor de la inquisición; elevan al imputado, al menos en el periodo principal del procedimiento, el juicio público, de objeto de la investigación estatal a la categoría de sujeto de un procedimiento judicial, con derechos en él, y así modifican su papel, reconociéndose garantías frente al Estado persecutor, inherentes a su condición de ser humano”.

³⁸ Nesse mesmo sentido afirma Gómez Colomer (2001:209): “Creo que en la actualidad no hay duda alguna en afirmar que el principio acusatorio es el que mejor garantiza que haya, si se me permite emplear terminología

Feitas essas considerações, e enfatizada a benevolência do princípio acusatório no que concerne à proteção dos direitos fundamentais, ressaltamos a tendência que se observa nas reformas processuais que, de forma incontestável – como consequência da adoção daquele princípio –, caminham em direção ao fortalecimento das funções do Ministério Público tanto na fase investigatória como na fase de sumário³⁹. Deriva dessa tendência a adoção de mecanismos processuais que lhe conferem poderes, inclusive, de disposição do processo, segundo critérios discricionários⁴⁰, que se fundamentam no princípio da oportunidade, especialmente no que se refere aos crimes considerados de pequena e média potencialidade ofensiva.

Sobre esse aspecto, fazemos constância das ponderações de Delmas-Marty (2000:423), que chama a atenção para o fato de que historicamente a figura do Ministério Público tem sua origem na tradição inquisitiva do processo penal, justificando-se na necessidade de intervenção estatal no tocante à repressão de condutas delitivas. Outrossim, ressalta a autora que, a partir desse enfoque – que deriva do modelo napoleônico, adotado originariamente em França – a instituição é concebida como o órgão do Estado responsável pela persecução penal e que, por essa razão, se submete à autoridade hierárquica do poder Executivo⁴¹.

Dessa forma, conclui-se que a inserção, na origem do Estado moderno, de um órgão oficial de acusação, precisamente do Ministério Público e no âmbito dos sistemas continentais, representa uma mitigação do princípio acusatório, na sua forma pura, uma vez que a instituição, em seus primórdios, relacionava-se com “los sistemas que derivan de una concepción inquisitiva que descansan en la asunción inicial del ejercicio de la acción penal por el Estado, que se manifiesta en la existencia y la permanencia de una institución dependiente y subordinada a la autoridad funcional del Poder Ejecutivo”⁴².

anglosajona, un juicio limpio, lo que implica a su vez una investigación limpia, o, como mejor se entiende en la Europa continental, un juicio imparcial para el acusado, lo que implica a su vez también una investigación imparcial u objetiva”.

³⁹ Enfatizamos que a Recomendação (2000)19, aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho europeu, em reunião celebrada em 6 de outubro de 2000, consolida essa tendência, ao estabelecer as regras e os princípios comuns com respeito ao desenho de Ministério Público europeu do novo milênio, bem como as diretrizes que devem fundamentar sua atuação. Nesse sentido, estabelece no seu art. 1º, sobre a natureza e as funções reservadas à instituição, que: “Public prosecutors’ are public authorities who, on behalf of society and in the public interest, ensure the application of the law where the breach of the law carries a criminal sanction, taking into account both the rights of individual and the necessary effectiveness of the criminal justice system”.

⁴⁰ Observa C. Adérito Teixeira (2000:33) que “Discricionariedade não significa arbítrio. Trata-se de uma discricionariedade de acordo com a finalidade de realização da justiça. Tem sempre uma conformação normativa, um reduto legalmente inultrapassável, logo, tende sempre para uma ‘discricionariedade vinculada’”.

⁴¹ Sobre o princípio acusatório, ressalta J. L. Gómez Colomer (2001:210) que “su configuración es muy distinta en los países anglosajones y en los seguidores del sistema francés de enjuiciamiento criminal, porque en Inglaterra o en Estados Unidos el principio acusatorio siempre se ha entendido en su sentido más puro posible, mientras que en la Europa continental ha coexistido con el principio inquisitivo, dando lugar a sistemas de enjuiciamiento mixtos (el llamado proceso acusatorio formal)”.

⁴² Vide DELMAS-MARTY (2000:416). Por outro lado, enfatiza a autora que nos países de *common law*, de tradição acusatória, observa-se que a transferência do exercício da ação penal a um órgão oficial do Estado veio acompanhada de uma maior autonomia com respeito aos agentes públicos no exercício de suas funções. Esse fenômeno deriva, a seu modo de ver, da cultura liberal – não intervencionista – que fundamenta a concepção de Estado naquele país.

Entretanto, esclarece Delmas-Marty (2000:424) que, progressivamente – sob o marco de desenvolvimento das democracias contemporâneas –, consolidou-se a idéia de conferir garantias de carreira à instituição, visando fundamentalmente limitar a intervenção arbitrária do Poder Executivo e garantir o efetivo cumprimento das novas metas que devem ser logradas pelo Ministério Público, particularmente – como órgão público encarregado da defesa da sociedade – as que se referem à proteção do interesse público e social. Por essa razão, se denomina o modelo que encomenda o exercício da ação penal ao Ministério Público de “acusatório formal”, que tem como corolário o fortalecimento do princípio da oficialidade da ação penal. Sobre esse aspecto, precisamos que o modelo “acusatório formal” não se confunde com a classificação clássica que serve para designar o procedimento misto ou acusatório formal. Este, ainda que encontremos seus resquícios nos sistemas processuais ocidentais, era adotado no *ancien regimen* e se caracterizava pela junção de uma fase pré-processual inquisitiva e de uma fase de sumário marcadamente acusatória.

Superada a precisão conceitual dos institutos objeto de análise, concluímos que, com efeito, a previsão de um órgão oficial, por si só, não diferencia os modelos inquisitivo e acusatório. Isto é, a diferenciação se dá precisamente na identificação das funções a ele reservadas em ambos os sistemas⁴³. A partir desse enfoque é que se reclama o fortalecimento do papel do Ministério Público, sobretudo na fase de investigação, como meio capaz de garantir a efetiva aplicação do princípio acusatório^{44 e 45}. Isto é, o fortalecimento das funções

⁴³ Daí parte a crítica aos sistemas processuais que prevêm a figura do Juiz de instrução – como, p.ex., França e Espanha – e que lhe conferem a direção da investigação, confundindo em uma única pessoa as funções de levantamento de indícios à propositura da ação penal e de órgão de garantia dos direitos fundamentais, diante de eventuais abusos ou violações durante a fase pré-processual. Por conseguinte, não se justifica a previsão do juízo de instrução, sob o marco do constitucionalismo contemporâneo. Ao contrário, sua manutenção implica uma flagrante violação do princípio acusatório, pois, em última instância, representa uma injustificável inversão dos papéis reservados ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Conforme observa o processualista espanhol Flores Prada (1999:492), verifica-se uma contradição insanável no modelo em que “el Juez investiga para el Fiscal, mientras el Fiscal inspecciona la legalidad de las actuaciones sumariales del Juez”.

⁴⁴ Nesse sentido se orientam as reformas processuais implementadas nas últimas décadas no continente europeu, que concebem, de forma bastante clara, a Polícia Judiciária como verdadeira *longa manus* do Ministério Público, no tocante à investigação. A Recomendação (2000)19, anteriormente mencionada, comprova essa orientação, conforme se depreende dos arts. 21 e seguintes, que estabelecem que o Ministério Público deverá velar pela legalidade das investigações realizadas pela Polícia Judiciária e que, em última instância, aquele é o órgão com atribuição para decidir sobre a conveniência do prosseguimento da investigação, sendo, da mesma forma, o órgão encarregado de monitorar e velar pela efetiva proteção dos direitos humanos no âmbito da atuação policial.

⁴⁵ Por outro lado, decorre do fortalecimento do princípio acusatório a preocupação que se manifesta no âmbito das reformas em criar mecanismos que ampliem as margens de participação do imputado na fase pré-processual. Desse modo, as reformas apontam em direção ao fortalecimento do contraditório nessa fase, como exigência derivada do direito à igualdade de armas, que integra, em linhas gerais, o direito ao devido processo legal. Com efeito, pretende-se trasladar ao imputado desde a posição de objeto à de sujeito de direitos também na fase de investigação, isto é, o objetivo último das reformas consiste em criar novos paradigmas no que se refere ao processo penal, que devem se inspirar nos valores democráticos que orientam o constitucionalismo contemporâneo.

reservadas ao Ministério Público, sobretudo na fase de investigação, é visto como elemento de fundamental importância no tocante à efetiva garantia da independência judicial^{46 e 47}.

Nesse contexto, verifica-se que o movimento de reforma das leis processuais na Europa põe ênfase na implementação dos princípios acusatório e de oficialidade, encomendando-se a ação penal – na maioria dos casos em regime exclusivo – ao Ministério Público, excepcionados alguns países, entre eles Espanha e Inglaterra, que concedem legitimidade concorrente aos seus cidadãos para o exercício da ação penal⁴⁸. Dessa forma estabelecem a lei processual alemã, em seus §§ 158 a 177 StPO⁴⁹, o art. 53 do Código de Processo Penal português, de 1987 – que atribui ao promotor as funções de “dirigir o inquérito” e “deduzir a acusação e sustentá-la efetivamente na instrução e no julgamento” – e os arts. 326 e 327 do Código de Processo Penal italiano, de 1988, que atribuem ao Ministério Público a direção da *indagine preliminare*. A Espanha, por sua parte, segue essa tendência, ainda que de forma muito tímida, conforme se observa pela leitura da íntegra do *Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*⁵⁰, embora a lei que introduziu o procedimento abreviado na Espanha, de 1988, já se inclinasse ao fortalecimento do papel do Ministério Público, e, mais recentemente, a lei que regulamenta o Tribunal do Júri e disciplina o procedimento referente aos atos infracionais cometidos por crianças ou adolescentes, que revoluciona o modelo tradicional, orientando-se no sentido de conferir amplos poderes ao Ministério Público.

⁴⁶ Sintetizam essa orientação as colocações da professora Armenta Deu (1995:29), quando afirma que “La Ilustración, la Revolución Francesa y la doctrina de la separación de poderes obligan a garantizar ineludiblemente la independencia judicial y sobre todo su carencia absoluta de facultades legislativas directas o indirectas. Para coordinar ambas exigencias – asegurar la persecución y separar las funciones acusadoras y juzgadoras – resulta esencial la creación de un nuevo órgano: el ministerio fiscal. Al mismo se encomienda la repetida persecución ya sea de forma exclusiva (sistema continental francés, italiano y alemán, entre otros) ya sea compartida (sistema continental español)”.

⁴⁷ Seguindo essa linha, sustenta o brasileiro Aury Lopes Jr. (2000:35) que “Siempre que el juez tiene funciones acusatorias o la acusación tiene funciones jurisdiccionales, y se entremezclan acusación y juicio, se compromete sin duda la imparcialidad del segundo y a la vez, a menudo, la publicidad y la oralidad del proceso. La carencia de estas garantías, por contaminación, debilita todas las demás, y en particular las garantías procesales de la presunción de inocencia del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la prueba y del contradictorio con la defensa”.

⁴⁸ Sobre esse aspecto, chamamos a atenção para o fato de que, embora a Espanha tenha adotado como paradigma para a adoção da ação penal popular o modelo inglês, os fundamentos para sua adoção se diferenciam, uma vez que na Espanha o instituto assume um caráter de democratização da Justiça, decorrente da desconfiança nos órgãos públicos encarregados da persecução penal. Na Inglaterra, ao contrário, a ação penal popular sempre existiu e se fundamenta na noção liberal, que confere ao cidadão o direito ao exercício da ação penal, sem que se dê a intervenção do Estado, embora, tradicionalmente, essa função tenha sido deixada a cargo da Polícia.

⁴⁹ Vide a tradução ao espanhol da lei processual alemã, de autoria de J. L. Gómez Colomer (1985:337-346).

⁵⁰ Moral García (2002:20) tece uma crítica à timidez do pacto, afirmando que “El tan exhibido ‘Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia’ proporciona otra ocasión para volcar nuevamente algunas reflexiones sobre el papel del Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento y algunos apuntes sobre las líneas de eventuales reformas de su Estatuto Orgánico. Aunque lo cierto es que las menciones que se contienen en el Pacto al Fiscal pecan o de ambiguas – indefinición sobre la asunción de la instrucción en el proceso penal –, o de vacuas – proclamaciones genéricas que no dicen nada específico –, o de alcance muy corto – cuando se buscan concreciones sólo se encuentran o el recuerdo del principio de dependencia jerárquica o un programa centrado casi exclusivamente en el establecimiento de una temporalidad en los cargos jerárquicos”.

4 A obrigatoriedade da ação penal e o princípio da oportunidade

O primeiro problema que se formula no âmbito das reformas consiste na implementação de políticas criminais que introduzem e incentivam a adoção de formas alternativas à solução de conflitos. A maior dificuldade, sem dúvida, consiste em conciliar a aplicação desses mecanismos, que se fundamentam por critérios de oportunidade, e a regra da obrigatoriedade da ação penal, que orienta grande parte dos sistemas processuais contemporâneos. Isto é, a previsão pelos sistemas continentais de estratégias de negociação ou acordo exige a flexibilização da regra da obrigatoriedade no que se refere ao exercício da ação penal, que se comprova, pela prática dos atos processuais, ser inaplicável a todos os casos. Por conseguinte, a incorporação pelos sistemas penais – ainda que de forma mitigada – de mecanismos que, na sua essência, permitam uma determinada margem de discricionariedade implica o reconhecimento do princípio da oportunidade.

Ressaltamos, desde já, que o princípio da legalidade – que tem como corolário a regra da obrigatoriedade da ação penal – representa uma conquista histórica, consubstanciada na fórmula do Estado de Direito. Em relação ao exercício do *ius puniendi*, visa fundamentalmente controlar a ação dos órgãos encarregados da persecução ante os eventuais abusos no exercício das funções públicas, com o intuito de garantir a efetiva observância da lei. Contrapondo-se a essa regra, o princípio da oportunidade é concebido como um meio que permite a flexibilização da regra da obrigatoriedade da ação penal⁵¹, mediante a incorporação ao sistema processual de institutos (arquivamento, suspensão, conformidade, entre outros) que conferem maiores poderes de disponibilidade da ação penal ao órgão oficial de persecução, justificados em razões de política criminal, que se fundamentam, v.g., nas noções de “escassa lesividade social” ou “interesse público”⁵².

⁵¹ A professora T. Armenta Deu (1991:65) ressalta que ninguém formulou um conceito do que venha ser o princípio da oportunidade, que se deduz, *a contrario sensu*, do princípio da legalidade e da correlativa obrigação de exercício da ação penal, considerando-o, assim, uma exceção a este: “Así, por citar a algunos de los más relevantes autores, tan distanciados temporalmente como von Hippel y Roxin, desarrollan un concepto similar. Afirma el primero, que p. de oportunidad es aquél en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente. En el mismo sentido, sostiene Roxin, que el p. de oportunidad es la contraposición teórica del p. de legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo – archivando el proceso – cuando, con gran probabilidad, ha cometido un delito”.

⁵² O processualista espanhol Flores Prada (1999:342) é favorável a sua adoção e argumenta, reportando-se às colocações de Vives com relação ao ordenamento jurídico espanhol, que “El debate planteado trata, básicamente, de lograr determinar el alcance del principio de legalidad contenido en el artículo 25 de la Constitución en relación con el también llamado principio de legalidad que rige la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso penal. Para Vives, el Estado social habría dotado a la formulación del principio de legalidad penal de un sentido limitador en el ejercicio del *ius puniendi* más que de un sentido obligacional de castigar, en consonancia con una concepción del principio de seguridad jurídica entendido como seguridad de los bienes jurídicos. La proyección de la mencionada concepción sobre el principio de necesidad en el ejercicio de la acción penal determina la posibilidad de introducir la oportunidad ‘como un principio que concreta exigencias de justicia – no meramente tácticas –, a las que, desde la perspectiva material, también da respuestas, encaminadas en la misma dirección, la ley penal sustantiva...’”.

Nesse contexto, assinalam-se como modelos paradigmáticos da adoção do princípio da oportunidade os sistemas processuais inglês e francês, embora se incluam entre países de cultura jurídica distintas – Inglaterra se insere na tradição do *common law* e França na tradição jurídica do *civil law*. Na França sua aplicação se depreende do art. 40 do CPP, que estabelece que o promotor francês “aprecia o trato a dar” às infrações de que tem conhecimento. Já na Inglaterra, conforme observa Díez-Picazo (2000:14), a regra é a discricionariedade absoluta, uma vez que “[...] no hay norma alguna que imponga el ejercicio de la acción penal. Ello sería, por lo demás, harto problemático, dada la ausencia de un Ministerio Fiscal en sentido propio”.

Outrossim, nos sistemas em que se manteve a regra da obrigatoriedade, observa-se uma crescente tendência à criação de exceções. Citamos, como exemplo, o modelo italiano, que incorporou a seu sistema, nos últimos anos, novos procedimentos, com o objetivo de abreviar ou elidir a ação penal, sob a presença de determinados pressupostos fundados em critérios de oportunidade. Nesse sentido, apontam claramente as reformas implementadas no ordenamento jurídico português, nos anos 80/90, e a jurisprudência que as sucedeu.

Na Alemanha, coexistem os dois princípios, tendo o princípio da oportunidade mais de 70 anos de vigência, traduzindo-se nos §§ 153 e 154 StPO, que se aplicam nas hipóteses em que se configuram delitos de pequena gravidade. Sobre esse aspecto, ressaltam os portugueses Figueiredo Dias e Costa Andrade (1992:494) que os §§ 153 e seguintes do StPO constituem um claro afloramento da idéia de *diversão*, que, no âmbito da pequena criminalidade, objetiva evitar os “estigmas das reacções institucionais”.

Diante desse panorama, fazemos constância do intenso debate que gira em torno da inserção do princípio da oportunidade nos sistemas em que tradicionalmente vige o princípio da legalidade estrita – e do qual deriva a regra da obrigatoriedade no exercício da ação penal. As críticas ao princípio da oportunidade se resumem, fundamentalmente, ao argumento de que sua adoção implica, em última instância, a geração de insegurança jurídica, uma vez que deixa em mãos dos órgãos formais de controle a tarefa de *input* no sistema criminal. Em outras palavras, deixam particularmente nas mãos do Ministério Público o poder de definição dos casos que serão submetidos à apreciação do Judiciário, violando, em consequência, uma série de direitos, como o de igualdade de armas, presunção de inocência, além de infringir o princípio de separação de poderes, por intermédio da atribuição ao promotor de justiça de poderes jurisdicionais.

Além desses argumentos, ressaltamos que uma das maiores críticas em relação à aplicação do princípio da oportunidade gira em torno da indeterminação na definição dos pressupostos de sua aplicação. Nesse ponto os críticos mencionam especificamente a noção de “reprovabilidade escassa” e “falta de interesse público na persecução”, que constam, p.ex., como pré-requisitos, no ordenamento alemão, à aplicação do § 153 StPO, nas hipóteses de arquivamento, suspensão do processo ou, ainda, substituição de pena. O ponto mais atacado relaciona-se à ampla margem de discricionariedade que se concede ao promotor de justiça, quando da aplicação desses mecanismos.

Ante essas críticas⁵³, reage a corrente partidária à adoção mitigada do princípio da oportunidade, argumentando, primeiramente, que sua aplicação se restringe ao âmbito da criminalidade de massa. Sob esse enfoque, ressalta Zaffaroni (2000:24) que sua adoção sob nenhuma hipótese poderá – pautando-se em critérios unicamente economicistas – redundar na restrição de garantias processuais ou supressão de instâncias recursais. Outrossim, enfatizamos que, uma vez delimitadas as hipóteses e os pressupostos que devem estar presentes na sua aplicação, os benefícios sociais que advêm de seu reconhecimento são muito superiores aos resultados atualmente alcançados com a manutenção da regra da obrigatoriedade da ação penal, que conduz, na prática, a um baixíssimo nível de eficácia do sistema que, ante a rigidez, se encontra obstaculizado.

Cumpramos ressaltar que, segundo seus defensores, os benefícios sociais não se restringem à economia processual que a aplicação desses mecanismos supõe, senão também que sua aplicação atende fundamentalmente à observância dos fins que as políticas criminais contemporâneas devem alcançar, consistentes na prevenção geral e especial. Portanto, mais que uma garantia ao bom funcionamento do sistema, a regra inflexível e intransigente da obrigatoriedade da ação penal representa, sobretudo, uma trava ao cumprimento dos fins perseguidos pelos sistemas judiciais penais e conduz, em última instância, à violação do direito à tutela judicial efetiva. Na esteira desse posicionamento, o promotor português, C. Adérito Teixeira (2000:24) argumenta que

“[...] já não se pode afirmar, atualmente, que, sob o signo da legalidade, a cada crime corresponda, invariavelmente, um processo penal [...]. De tal modo que o postulado da oportunidade emerge como uma crítica da razão prática (judicial) no império da legalidade. Decanta-se na ‘oportunidade real’ que prolifera na vigência da legalidade oficial, na transmutação para níveis diferentes e em nome de conjunturas específicas da seletividade penal, no caráter utilitário de intervenção social que o direito penal não deixa de assumir num quadro de legalidade, transfigurando até este princípio de ‘marco’ em ‘mito’ do sistema. Importa, pois, ‘clarificar’ e atender, no discurso político-criminal, à ‘razão pragmática’ de que falava W. Hassemer [...]”.

Portanto, é possível afirmar, tomando como base os vários estudos realizados sobre esse tema, que as soluções alternativas atendem melhor à finalidade de (re)socialização, além de satisfazer o princípio vitimológico, sobretudo, por intermédio da promoção efetiva da reparação da vítima e do fortalecimento de sua atuação no processo.

Nesse contexto e convencidos da relevância dos argumentos favoráveis à adoção mitigada do princípio da oportunidade, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, durante reunião celebrada em 17 de setembro de 1987, aprovou a Recomendação n. R(87)18. Esta sugere, como solução para a pouca eficácia do procedimento penal, a definição de prioridades na gestão da política criminal, mediante a aplicação do princípio da oportunidade.

⁵³ Vide FERRAJOLI, L. (2001:744-752) e SCHÜNEMANN, B. (2002:288).

Além disso, enfatizamos que a adoção desses mecanismos tem como escopo atender – por meio do juízo de ponderação – aos objetivos destacados pela Rec. n. R(87)18, sem que disso decorra a restrição, por um lado, do princípio constitucional de igualdade – concebida na sua acepção material – e, por outro, da exigência de individualização da pena. Soma-se a essa exigência a necessidade de definição de objetivos claros e a rigorosa delimitação dos seus pressupostos de aplicação, bem como a criação de mecanismos processuais que viabilizem o seu efetivo controle, seja por meio da previsão do duplo exame das decisões que determinam o arquivamento do inquérito ou a suspensão do procedimento, pela previsão de recurso de iniciativa da vítima, como também mediante a intervenção, nas hipóteses de restrição de direitos, do denominado juiz de garantias. A combinação dessas vias seguramente coaduna-se melhor com o elenco de princípios adotados pelas democracias contemporâneas.

Bibliografia

- ARMENTA DEU, T. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: J.M.Bosch, 1995.
- _____. Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no). *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, p. 313-335, 1996.
- _____. El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. *Revista del Poder Judicial*, n. 41-42, 2ª/3ª época, p. 53-86, 1996 (I).
- _____. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.
- ADÉRITO TEIXEIRA, C. *Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.
- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Trad. castellana de J. A. de las Casas. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982.
- BERGALLI, R. *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- DELMAS-MARTY, M. El proceso penal en Europa: perspectivas. *Revista del Poder Judicial*, n. 37, 2ª época, p. 79-91, marzo 1995.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. Garantías. *Jueces para la Democracia*, n. 38, julio 2000.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de; COSTA ANDRADE, M. da. *Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FLORES PRADA, I. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985.
- _____. La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. *Revista del Poder Judicial*, n. 64, p. 205-245, 2001(IV).

_____. La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado. In: GÓMEZ COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.). *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Castellón de la Plana-ES: Universitat Jaume I, 1997.

HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. Rapidez y reforma del proceso penal. *Jueces para la Democracia*, n. 44, julio 2002.

KURY, H. Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿Qué efecto preventivo tienen las penas? In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001. p. 284-318.

LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1991.

LOPES JR., Aury C. L. El fundamento de la existencia del proceso penal: la instrumentalidad garantista. *Revista de Derecho Procesal*, n. 01, Madrid, 2000.

MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. *Ciencias Penales – Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 3, n. 4, Costa Rica, junio 1991.

MOLINÉ, J. C.; PIJOAN, E. L. *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch, 2001.

MORAL GARCÍA, A. Del. Ministerio Fiscal y reforma de la justicia. *Jueces para la Democracia*, n. 43, marzo 2002.

PASTOR PRIETO, S. *¡Ah de la justicia! Política judicial y económica*. Madrid: Civitas, 1993.

PAVARINI, M. Processos de recaracterização e “novas” teorias justificativas da pena. In: ZOMER, A. P. (Org.). *Ensaaios criminológicos*. Trad. portuguesa de L. P. Stefanini. São Paulo: IBCCrim, 2002. p. 127-167.

ROXIN, C. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. portuguesa de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25. ed. alemana. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Derecho penal – Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. 1. (Reimpr. 2000.)

_____. *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona: PPU, 1992.

SENDRA, Vicente Gimeno; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Colex, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

WACQUANT, L. Mentiras sobre la violencia en Estados Unidos y Europa. *Le Monde Diplomatique*, edición española, n. 79, mayo 2002.

EXECUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS DE CORTES INTERNACIONAIS CONTRA ESTADOS SOBERANOS¹

*Maria Teresa de Carcomo Lobo**

A minha exposição terá como ponto de partida uma breve introdução sobre a realidade contemporânea da globalização e um momento maior referente ao novo conceito de soberania em que “o interagir compõe a dimensão dos países no mundo de hoje”, porque é no quadro de uma nova concepção de soberania que ela tem de ser equacionada. Seguidamente, procurarei enfrentar a temática da execução de decisões judiciais de cortes internacionais no ordenamento jurídico nacional, analisando-a no quadro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no contexto do Tribunal Internacional do Direito do Mar, no âmbito da Organização Mundial do Comércio e à luz do Protocolo de Brasília, referindo desde já o Protocolo de Olivos.

A busca por uma nova ordem jurídica após a II Guerra Mundial levou à positivação, nas Cartas Constitucionais, dos direitos sociais e coletivos que, ao lado dos direitos individuais, formam a Carta da Cidadania. Esta, porém, deve assentar numa real efetividade dos direitos declarados, pois, como observa Norberto Bobbio, “já não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e fundamento, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”².

É a preocupação pela efetividade dos direitos declarados que está na base da criação de cortes internacionais, mediante a celebração de tratados internacionais, cujo extraordinário desenvolvimento constitui, sem dúvida, expressão consensual da globalização.

As cortes internacionais constituem órgãos de organizações internacionais, como a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional do Direito do Mar, que integram a estrutura das Nações Unidas ou são organizações dotadas de personalidade jurídica de direito internacional, como é o caso do Tribunal Internacional Penal.

Na sua Declaração à Assembléia-Geral das Nações Unidas, em outubro de 1998, o então Presidente da Corte Internacional de Justiça, juiz Stephen Schwebel, citou dois acontecimentos marcantes ocorridos no decurso desse ano: a criação da Corte Internacional Penal – *International Criminal Court* – e o primeiro Acórdão do Tribunal Internacional do Direito do Mar. O primeiro acontecimento consagrou a responsabilização individual por delitos que violem os princípios fundamentais da dignidade e da liberdade da pessoa humana, representando um passo decisivo no desenvolvimento e na aplicação de uma lei internacional mais efetiva.

¹ Palestra proferida em 18 de novembro de 2002, no Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília.

* Maria Teresa de Carcomo Lobo é Juíza Federal e Assessora Especial da Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 4. reimpr. Ed. Campus. p. 25.

O segundo acontecimento marcou o primeiro caso levado à jurisdição do Tribunal Internacional do Direito do Mar – *International Tribunal for the Law of the Sea*, cuja criação se inscreve no quadro de uma nova ordem jurídica para os mares e oceanos, que objetiva fundamentalmente uma ordem econômica internacional justa e equitativa.

Para o juiz Schwebel, o que era um ideal sonhado pelo movimento da paz na aurora do século XX tornou-se uma realidade no seu ocaso.

Com efeito, observa-se hoje uma tendência crescente por parte dos Estados e das pessoas para acionarem as Cortes Internacionais de Justiça, expressando cada vez maior consciência jurídica no cultivo do chamado *law habit*.

Começo por referir a problemática da internacionalização no campo dos direitos humanos.

A proteção internacional dos direitos humanos consolidou-se após a Segunda Guerra Mundial, como reação à omissão de vários Estados, deixando que se massacrassem os direitos mais elementares da pessoa humana, assistindo inertes aos horrores cometidos contra milhões de seres humanos indefesos e inocentes.

A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, teceram uma notável malha protetora desses direitos.

Para Bobbio, “a Declaração Universal pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”. Não sei, diz Bobbio, “se se tem consciência até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceite, através dos seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na terra”³.

Por sua vez, a Convenção de Viena sobre Direitos Humanos, de 1993, consagrou a sua indivisibilidade e a sua universalidade.

Para dar efetividade à proteção internacional dos direitos humanos criaram-se cortes internacionais de justiça, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Nova Corte Européia de Direitos Humanos.

Na opinião do jurista belga Jacques Van Compernelle, um dos fundadores da Corte Européia de Direitos Humanos e Professor da Universidade de Louvain, “o futuro da Justiça é tornar-se cada vez mais um poder internacional”.

No mesmo sentido, Caçado Trindade, o eminente Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, anota que

“neste início do século XXI o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem de lograr a consolidação da capacidade jurídico-processual dos indivíduos nos procedimentos perante os tribunais internacionais de direitos humanos, que buscam determinar a responsabilidade internacional dos Estados-Partes por violação de direitos protegidos”.

³ BOBBIO, op. cit., p. 27-28.

Na Europa, o acesso direto – o *jus standi* – à Nova Corte Européia de Direitos Humanos passou a ser outorgado a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição dos Estados-Partes pelo Protocolo 11 de Reformas à Convenção Européia de Direitos Humanos, em vigor desde 1º de novembro de 1998.

No nosso continente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos acaba de dar um passo firme com a entrada em vigor, em 1º de junho de 2001, do seu novo Regulamento, que assegura a participação direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento.

Para Cançado Trindade, “trata-se de ponto culminante de um longo processo histórico de gradual emancipação do ser humano *vis-a-vis* o próprio Estado, porquanto não é razoável conceder direitos sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los”.

A titularidade jurídica internacional é hoje uma realidade irreversível. O ser humano surge, enfim, como sujeito último do Direito interno e internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual.

Como referi, a questão que constitui o objeto da minha exposição tem de ser equacionada no quadro da soberania. E começo por citar o Presidente da China, Jiang Zemin, que no recente Congresso do Partido Comunista Chinês não hesitou em dizer que “O mundo está mudando e precisamos nos adaptar e conscientemente liberar as nossas mentes das amarras de noções antiquadas”.

E é essa liberação que deve estar presente quando se fala de soberania.

Com efeito, nas circunstâncias sociopolíticas atuais a melhor maneira de defender a soberania de todos consiste em transferir uma série de poderes e jurisdições do âmbito da esfera da livre determinação de cada Estado para a esfera da decisão comum regulada pelo Direito Internacional.

E, se somente os Estados são soberanos, a verdade é que todos os Estados são soberanos. Desse modo, a soberania é um atributo plural, compartilhado, um poder compartilhado entre iguais – a igualdade soberana a que se refere o art. 2º, inciso 2, da Carta das Nações Unidas.

Por conseguinte, não somente podem – como devem – existir normas jurídicas que se imponham a Estados soberanos, normas cujo modo de produção é especial, porque devem provir da vontade coordenada de seus próprios sujeitos – os Estados.

A soberania não é, pois, incompatível com vínculos internacionais firmados no quadro de uma legalidade internacional, que é estabelecida pelos próprios Estados, em conformidade com a qual devem regular as suas relações recíprocas e dar cumprimento às obrigações livremente assumidas.

O Direito Internacional Público, como todo o ordenamento jurídico, busca dois propósitos fundamentais: consagrar um ideal de justiça mutuamente partilhado por todos os seus sujeitos, necessariamente, porém, dentro de um quadro de certeza e de segurança. Com o primeiro, atende-se à concreção de valores fundamentais e, com o segundo, procura-se que sejam uma realidade e não fiquem em mero discurso de intenções programáticas.

O ilustre professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito de Montevideú, Heber Arbuet Vignali, em interessante estudo sobre o atributo da soberania, bem analisa a respectiva problemática. Para aquele autor, o atributo da soberania dos Estados está intimamente ligado com a origem, a estrutura, o desenvolvimento e a evolução do Direito Internacional Público, o qual possui necessariamente uma estrutura de coordenação, destinada a criar as suas normas, a zelar pelo seu cumprimento e a sancionar as suas violações. É precisamente para proteger a sua soberania que os Estados, em certas circunstâncias, renunciam a exercer jurisdições, que noutras épocas reservavam à sua decisão exclusiva, admitindo a sua regulação jurídica e comprometendo-se a concretizá-las juntamente com outros Estados.

Na Antigüidade não se recorre ao conceito de soberania como atributo do Estado. Na Idade Média, a soberania aplica-se tanto aos reis quanto aos barões. E num largo processo histórico que vai dos fins do século XV (1499) até meados do século XVII (1650) vão aparecendo novas unidades políticas, os chamados Estados independentes, que configuram o esquema estrutural do poder multipolar que substitui o esquema da unidade com fulcro no Papado e no Império, *estruturando-se então um sistema novo de regras, para regular as relações entre esses Estados nacionais e soberanos, que se denominará Direito Internacional Público.*

Como marco fundamental, apontam-se os Tratados de Westfália, que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos, na qual os Estados nacionais, tendo vencido o Papado e o Império, procuraram legitimar a sua preponderância militar e política, recorrendo a dois instrumentos: um político, o do equilíbrio do poder, e um jurídico, o da soberania, reconhecendo-se mutuamente o atributo da soberania.

O Direito Internacional clássico, que regulou as relações desde Westfália até o começo da I Guerra Mundial (1914/1918), permitia aos sujeitos soberanos o máximo da sua capacidade de agir discricionariamente.

Porém, mais adiante, esse sistema mostrou-se insuficiente para enfrentar os avanços tecnológicos do século XX, especialmente no campo das comunicações, o que determinou que a regulação internacional se estendesse a novos campos – comércio, indústria, comunicações, cooperação judicial, intercâmbios culturais etc. – e a novos espaços – as zonas polares, os fundos marinhos e oceânicos, o espaço exterior etc.

Nas novas circunstâncias, as relações internacionais passam a exigir maior coordenação, maior regulação e, nalguns casos, uma estrutura orgânica que harmonize os interesses e as atividades, aumentando, expressivamente, as competências que se deixam de exercer discricionariamente e se submetem a regras comuns.

Essa nova realidade conduz à modificação das regras e o novo sistema se denomina Direito Internacional Público contemporâneo.

Em meados do século XX produz-se uma alteração que irá modificar radicalmente a realidade, a política e o direito internacionais: a tecnologia nuclear fica ao alcance de seres humanos, podendo ameaçar de diversas formas a soberania dos Estados.

Acresce, ainda, que, para manter um nível satisfatório de bem-estar e de desenvolvimento, os Estados devem poder dispor de importantes recursos tecnológicos e

econômicos que somente se encontram ao alcance de agrupamentos maiores, como é o caso, por exemplo, dos blocos de integração econômica.

Diante dessa nova perspectiva, desde que terminou a II Guerra Mundial e mais intensamente desde meados da década de 60, os Estados procuraram concretizar a paz e a segurança internacionais e alcançar ou ampliar o bem-estar nacional, transferindo um número apreciável de questões importantes para a esfera das decisões comuns reguladas pelo Direito Internacional Público.

Dessa forma, por decisões soberanas foi ampliado o campo normativo do Direito Internacional Público com os Estados, cedendo alguns poderes que antes exerciam discricionariamente. Essas condutas não conduzem à perda de suas soberanias, porque elas não lhes foram impostas por um poder alheio, mas são produto de suas vontades soberanas.

Por conseqüência, a decisão de um Estado de aderir a uma organização internacional é um atributo de soberania, ainda que a organização possua o poder (poder este que lhe foi conferido pelos próprios Estados) de adotar regras que lhes são vinculativas. Ao ratificar instrumentos internacionais, o Estado exerce a sua soberania e assume obrigações das quais não se deve poder eximir, sob pena de responsabilização internacional.

Daqui decorre linearmente que a responsabilidade internacional do Estado constitui a pedra angular do moderno Direito Internacional Público, no sentido de que toda violação do Direito Internacional gera obrigação de reparar o dano.

A não-aceitação do princípio da responsabilidade internacional equivaleria a reconhecer que os Estados não seriam obrigados a cumprir as normas jurídicas internacionais, o que seria negação da própria ordem jurídica internacional.

Com o princípio da responsabilidade internacional asseguram-se três princípios fundamentais: o princípio formador da ordem jurídica internacional, o princípio dissuasor da violação dessa ordem jurídica e o princípio da eficácia dessa mesma ordem jurídica.

Firmado o novo conceito de soberania e o princípio axial da responsabilidade por violação de obrigações soberanamente assumidas, começarei por tratar do tema da execução de decisões judiciais de cortes internacionais no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos os *meios de proteção* desses direitos (arts. 33 a 73).

Conforme se lê do Preâmbulo da Convenção (que constitui fonte de direito consoante dispõe a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, implica a existência de condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, direitos essenciais que não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, o que impõe uma proteção internacional efetiva e eficaz.

A Convenção “Pacto de São José da Costa Rica”, aprovada em 22 de novembro de 1969, foi assinada pelo Brasil, aprovada pelo Congresso, ratificada e promulgada em 6 de novembro de 1992, pelo Decreto n. 678.

Nos termos da Convenção, a Comissão tem como função primordial promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e entre as suas funções e atribuições inclui-se a de receber petições ou denúncias de violações, por um Estado-Parte, dos direitos humanos protegidos pela Convenção.

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou ainda entidade não-governamental reconhecida em um ou mais Estados-Partes da Convenção pode apresentar à Comissão *petições* com denúncias ou queixas.

A Comissão exerce a titularidade da ação de responsabilidade internacional, de acordo com as regras prescritas na Convenção.

Entre as condições de admissibilidade da petição figura a do esgotamento da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos, a não ser que não exista na legislação interna o devido processo legal, ou se houver injustificada demora da decisão ou, ainda, se ao presumido prejudicado tiver sido impedido o acesso aos recursos do direito nacional. A petição, na primeira hipótese, deve ser apresentada no prazo de seis meses a partir da notificação da decisão interna definitiva, sendo ainda condição de admissibilidade o fato de não estar pendente outro processo de solução internacional sobre o mesmo caso.

A Comissão, depois de admitida a petição, solicita informações ao governo do Estado dado como violador, as quais devem ser prestadas num prazo razoável. De posse das informações, ou na sua ausência, a Comissão pode arquivar a petição, declarar a sua improcedência ou proceder a uma investigação, podendo-se, outrossim, chegar a uma “solução amistosa”. Caso contrário, a Comissão fundamentará as suas conclusões em Relatório aos Estados interessados, com recomendações. Pode também submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, se o Estado tiver reconhecido a competência da Corte.

Em 1998, o Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte nos termos do Decreto Legislativo n. 89.

Fê-lo, sem dúvida, em sintonia com o disposto no art. 7º do ADCT, a teor do qual “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

A Mensagem Presidencial enviada ao Congresso Nacional solicitava a aprovação

“para fazer a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional”.

De conseguinte, o Brasil comprometeu-se a aceitar como obrigatória e de pleno direito a decisão da Corte sobre questões de direitos humanos de que seja parte.

De acordo com o art. 62, incisos 1 e 3:

“1. Todo o Estado-Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento

posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

[...]

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial”.

Nos termos do art. 66, a sentença deve ser fundamentada. Em caso de divergência, o voto dissidente pode ser agregado à sentença.

De acordo com o disposto no art. 67, a sentença da Corte será definitiva e inapelável, admitindo-se interpretação quanto ao seu sentido e alcance a pedido das partes, no prazo de noventa dias a partir da notificação da sentença.

Dispositivo extremamente importante no contexto da exposição é o constante do art. 68, a teor do qual *os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem partes.*

E mais. *A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.*

É ler:

“Art. 68. [...]

1. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

De conseqüência, *a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos que determine uma indenização compensatória em favor de quem foi prejudicado por violação dos seus direitos constitui título executivo judicial, nos termos do art. 584 do CPC, devendo constituir o seu inciso VII.*

Ao lado das sanções pecuniárias, a Corte pode determinar o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, para que a vítima tenha restaurado o seu direito violado, não podendo o Estado eximir-se alegando impedimento do seu direito interno, devendo, pelo contrário, se necessário, implementar a legislação pertinente – *enabling legislation.*

Podem-se, assim, distinguir duas regras de execução: uma referente à obrigação de fazer ou não fazer, quando caberá ao Estado escolher a melhor forma de dar cumprimento à decisão da Corte, de acordo com o seu direito interno; e outra, a de executar uma sanção pecuniária nos termos do processo de execução de sentenças nacionais contra o Estado.

Como bem anota Carvalho Ramos, no seu excelente livro *Direitos humanos em juízo,*

“a prolação de uma sentença internacional condenatória, com base no artigo 68, inciso 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, fixando-se uma indenização compensatória para as vítimas de violação de direitos humanos, é um passo importante para a plena executividade das sentenças internacionais no âmbito interno”⁴.

Conseqüentemente, o juiz nacional (em princípio, o do foro da residência da vítima) deve executar a sentença da Corte Interamericana, de acordo com o disposto no art. 100 da Constituição Federal e nos arts. 730 e 731 do CPC. E se se considerar que a indenização pecuniária tem natureza alimentar, poder-se-ia criar uma ordem própria de pagamento, sem necessidade de a submeter à ordem do precatório. São, porém, aspectos a serem desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência.

No caso de obrigações de fazer ou não fazer, endosso às inteiras o entendimento de Carvalho Ramos no sentido de que, caso o Estado brasileiro seja omissivo no cumprimento dessas obrigações, elas podem ser exigidas judicialmente pela vítima ou pelo Ministério Público, com fulcro no disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF, utilizando-se na medida do possível o comando do art. 461 do CPC, que criou a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n. 10.444/2002.

Em síntese:

Como expressamente conclamado pelos doutrinadores do Novo Direito Internacional Público “o engajamento de obrigações por um Estado não é um abandono de soberania, pois tal engajamento é justamente o atributo da soberania”.

O que não faz sentido é aceitar o conteúdo do Pacto e não aceitar os mecanismos previstos para garantir os direitos nele consagrados.

Por essas razões, entendo que não pode prosperar a tese de que a supremacia do STF impediria a implementação de decisão judicial internacional de responsabilização do Estado por violação de direitos humanos.

A uma, porque, para isso, a Convenção, nos termos da qual o Estado brasileiro reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana, teria de ser declarada inconstitucional pelo STF, ou, pelo menos, o Decreto Legislativo n. 89/98.

A duas, porque, ainda que se trate de decisão judicial brasileira considerada violadora dos direitos humanos protegidos pela Convenção, ela é apreciada não como um ato judicial passível de revisão, mas como um mero fato que será examinado à luz dos tratados internacionais de direitos humanos para posterior responsabilização do Estado brasileiro.

Quanto à tese de que decisão judicial emanada de uma corte internacional necessitaria de ser homologada pelo STF não se me afigura passível de ser acolhida.

A sentença prolatada por uma Corte Internacional de cuja composição o Brasil faz parte, num processo do qual participou como parte – autora ou ré –, no contexto do contraditório e do devido processo legal, tem natureza distinta de uma sentença proferida

⁴ RAMOS, André Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 494.

por um tribunal estrangeiro, num processo em que o Brasil é absolutamente estranho, no âmbito de um mecanismo de mera cooperação judicial entre Estados, que objetiva tão-somente verificar se a referida sentença estrangeira ofende ou não a ordem pública brasileira.

Outra importante Corte Internacional de Justiça a considerar é o Tribunal Internacional do Direito do Mar, que tem entre os seus juízes o eminente professor de Direito Internacional Público, Vicente Marotta Rangel.

Na excelência do seu magistério, Marotta Rangel aponta para o fato de que

“a área de aplicação do direito internacional penetra, de forma progressiva, setores que tradicionalmente eram reservados ao direito interno dos Estados. Ela o faz de maneira envolvente, à medida que se atenuam as rígidas barreiras outrora erguidas entre os dois ordenamentos jurídicos e se contesta à vontade estatal a qualidade de gerar, com exclusividade, a norma de direito, e se proclama ao mesmo tempo o homem sujeito de direito internacional”⁵.

O Tribunal foi criado pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em Montego Bay (Jamaica), em 10 de dezembro de 1982. A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional em 9 de novembro de 1987, nos termos do Decreto Legislativo n. 5, ratificada em 22 de dezembro de 1988, promulgada pelo Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990, e declarada em vigor internamente pelo Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995.

O Tribunal tem a sua sede na cidade alemã de Hamburgo, e o seu Estatuto consta do Anexo VI da Convenção.

Têm legitimidade ativa os Estados-Partes e, em determinados casos expressamente previstos na Convenção, entidades distintas dos Estados-Partes. As decisões do Tribunal são tomadas por maioria dos membros presentes, de um *quorum* de 11 juízes de um universo de 21 juízes. O Tribunal pode julgar *ex aequo et bono* se as partes o desejarem (art. 293).

Também aqui, a sentença deve ser fundamentada e, não havendo unanimidade, podem-se juntar à sentença os votos dissidentes (art. 30º do Estatuto).

A sentença tem força definitiva e é obrigatória para as partes, na forma do disposto nos arts. 296 da Convenção e 33 do Estatuto do Tribunal.

A Convenção criou uma Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, com competência expressamente determinada. No caso dessa Câmara, o Estatuto inseriu uma norma inovadora, na medida em que o art. 39 dispõe que: “As decisões da Câmara serão executórias nos territórios dos Estados-Partes da mesma maneira que sentenças ou despachos do supremo tribunal do Estado-Parte em cujo território a execução for requerida”.

A responsabilidade dos Estados-Partes está consignada no art. 235 da Convenção, a teor do qual

⁵ MAROTTA RANGEL, Vicente. *Direito e relações internacionais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 14.

- “1. Os Estados devem zelar pelo cumprimento das suas obrigações internacionais relativas à proteção e preservação do meio marinho. Serão responsáveis de conformidade com o direito internacional.
2. Os Estados devem assegurar através do seu direito interno meios de recurso que permitam obter uma indenização pronta e adequada ou outra reparação pelos danos resultantes da poluição do meio marinho por pessoas jurídicas, singulares ou coletivas (físicas ou jurídicas), sob sua jurisdição.
3. A fim de assegurar indenização pronta e adequada por todos os danos resultantes da poluição do meio marinho, os Estados devem cooperar na aplicação do direito internacional vigente e no ulterior desenvolvimento do direito internacional relativo às responsabilidades quanto à avaliação dos danos e à sua indenização e à solução das controvérsias conexas, bem como, se for o caso, na elaboração de critérios e procedimentos para o pagamento de indenização adequada, tais como o seguro obrigatório ou fundos de indenização”.

Quanto à OMC, que é uma instância para a elaboração e o controle do enquadramento jurídico do comércio global, cabe apreciar a força vinculativa das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias constante do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias. Esse Órgão é considerado elemento essencial para dar segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Em caso de controvérsia sobre a aplicação das disposições da OMC, ultrapassado o período de consultas e a possibilidade de as partes acordarem em mecanismos de solução mediante bons ofícios, conciliação e mediação, constituir-se-á um painel – grupo especial – para exame da controvérsia. Depois de um procedimento em que se estabelece o devido contraditório, o Grupo Especial apresentará um relatório que será adotado pelo OSC, a menos que uma das partes notifique o Órgão da sua decisão de apelar ou que este decida por consenso não apoiar o relatório. Assim, foi criado um Órgão Permanente de Apelação que recebe as apelações das decisões dos grupos especiais, limitadas a questões de direito para que o Tribunal verifique os fundamentos legais do relatório do grupo especial e das suas conclusões.

A parte vencedora pode, de acordo com a decisão do Tribunal, tomar medidas de retaliação contra a parte contrária.

A OMC dispõe, assim, de um sistema quase judiciário, como uma corte suprema. Para Vera Thorstensen, a OMC

“tem poder para impor as decisões dos painéis e permitir que os membros ganhadores da controvérsia possam aplicar retaliações aos membros que mantiverem medidas inconsistentes com as regras da OMC. Tal retaliação, por exemplo, pode ser efetuada através do aumento de tarifas para os bens exportados pelo membro infrator, em um valor equivalente ao das perdas incorridas”⁶.

Foi o caso da disputa entre a Embraer e a Bombardier do Canadá, em que o Brasil foi autorizado a retaliar o Canadá em largos milhares de dólares.

⁶ THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Internacional do Comércio*. Ed. Aduaneiras, 1999. p. 335.

Merece destaque o disposto no art. 23 do Entendimento:

“Ao procurar reparar o não-cumprimento de obrigações ou outro tipo de anulação ou prejuízo de benefícios resultantes de acordos abrangidos ou um impedimento à obtenção de quaisquer dos objetivos do acordo abrangido, os Membros deverão recorrer e acatar as normas e procedimentos do presente Entendimento”.

Finalmente, impende tecer uma breve consideração sobre o Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

Também aqui se consigna a força vinculante dos laudos arbitrais, nas letras dos arts. 8º e 21.

“Art. 8º Os Estados-Partes declaram que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal Arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere o presente Protocolo”.

“Art. 21. [...]

1. Os laudos do Tribunal Arbitral são inapeláveis, obrigatórios para os Estados-Partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação e terão relativamente a eles força de coisa julgada.
2. Os laudos deverão ser cumpridos em um prazo de quinze dias a menos que o Tribunal Arbitral fixe outro prazo”.

O Protocolo de Olivos, assinado em 18 de fevereiro de 2002, ainda em processo de ratificação, revoga o Protocolo de Brasília e cria um Tribunal Permanente de Revisão – TPR, com o objetivo de “garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática [...], de maneira a consolidar a segurança jurídica no âmbito do Mercosul”.

Por igual, mantêm-se a obrigatoriedade dos laudos arbitrais e a injunção de inapelabilidade das decisões do Tribunal Permanente de Revisão, nos termos dos arts. 25, 26 e 27.

“Art. 25. Os laudos do Tribunal Arbitral Ad Hoc e os do Tribunal Permanente de Revisão serão adotados por maioria, serão fundamentados e assinados pelo Presidente e pelos demais árbitros. Os árbitros não poderão fundamentar votos em dissidência e deverão manter a confidencialidade da votação. As deliberações serão confidenciais e assim permanecerão em todo o momento”.

“Art.26. [...]

1. Os laudos dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc são obrigatórios para os Estados-Partes na controvérsia a partir de sua notificação e terão, em relação a eles, força de coisa julgada se, transcorrido o prazo previsto no artigo 17.1 para interpor recurso de revisão, este não tenha sido interposto.
2. Os laudos do Tribunal Permanente de Revisão são inapeláveis, obrigatórios para os Estados-Partes na controvérsia a partir de sua notificação e terão, com relação a eles, força de coisa julgada”.

“Art. 27. Os laudos deverão ser cumpridos na forma e com o alcance com que foram emitidos. A adoção de medidas compensatórias nos termos deste Protocolo não exime o Estado-Parte de sua obrigação de cumprir o laudo”.

Concluindo e resumindo:

A força vinculante das decisões de cortes internacionais relativas à responsabilidade internacional do Estado tem de ser efetivada em dois planos: *o da obrigatoriedade da decisão* e *o da sua executoriedade no direito nacional*.

E é no efetivo cumprimento das obrigações livremente assumidas em tratados internacionais que se alicerça a ordem jurídica internacional e se assegura a realização solidária dos ideais de justiça, de segurança e de paz.

O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Paulo Gustavo Guedes Fontes**

Chamou a atenção do meio jurídico decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal¹, asseverando que os membros do Ministério Público não poderiam praticar diretamente atos de investigação criminal, devendo sempre delegá-los à Polícia judiciária. Tal aresto, que por certo será revisto pelo Plenário da Suprema Corte, não só destoa de toda a jurisprudência anterior na matéria, como poderá trazer grandes prejuízos à sociedade brasileira.

Com efeito, os tribunais sempre foram unânimes em afirmar que o inquérito policial é peça meramente informativa, destinada a subsidiar o Ministério Público no exercício da ação penal². As provas necessárias à condenação deverão ser reproduzidas em juízo ou, quando isso não for possível, serão submetidas ao crivo do contraditório. Assim, a sorte dos acusados se decide perante o juiz, pelo que o inquérito não ocupa lugar essencial no processo penal. Também por essa razão, os tribunais se recusam a declarar nulidades nos processos por conta de defeitos do inquérito.

Quanto à possibilidade de o membro do Ministério Público dispensar o inquérito e realizar diretamente diligências investigatórias, requisitando documentos e ouvindo testemunhas, passando logo à ação penal, a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, oriunda notadamente de sua 5ª Turma, não tem visto qualquer óbice³. A atenção dos juízes se volta, nesses casos, para o conteúdo da peça acusatória, a denúncia, que deve atender ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, de modo que possibilite a ampla defesa do acusado. A dispensa do inquérito pelo Ministério Público é prevista no art. 39, § 5º, do citado Código, que também estabeleceu, há mais de cinquenta anos, que “se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los” (art. 47).

Por sua vez, as leis que regulam a atuação do Ministério Público, nas suas diversas esferas (Lei Complementar n. 75/93, Lei n. 8.625/93), autorizam os seus membros a requisitar documentos de quaisquer autoridades e de particulares, bem como a notificar testemunhas para comparecimento sob pena de condução coercitiva.

Por outro lado, o direito brasileiro jamais conferiu exclusividade à Polícia na investigação de crimes. É o que diz o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo, permitindo que a apuração seja feita por autoridades administrativas indicadas em lei, que remeterão os resultados diretamente ao Ministério Público. Por fim, o pretendido enfeudamento das investigações pela Polícia também não encontra guarida na

* Paulo Gustavo Guedes Fontes é Procurador da República em Sergipe e Mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse.

¹ Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 81.326, decisão publicada no *DJ* de 1º ago. 2003.

² STJ – Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 11.600; TRF 5ª Região – Habeas Corpus n. 000446/PE.

³ Habeas Corpus n. 18.060/PR; Habeas Corpus n. 24.877; Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 10.974.

Constituição da República. O art. 144 da Carta Magna estabelece tão-somente a repartição de atribuições entre os diversos órgãos de polícia, incumbindo a Polícia Federal da apuração de crimes federais, com exclusão das polícias civis.

Num nível mais profundo, a decisão do STF, com as vênias devidas, talvez se explique por uma analogia equivocada entre o processo penal brasileiro e o modelo vigente nos países que adotam o juizado de instrução. O *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, de Napoleão Bonaparte, que fez escola tanto quanto o seu famoso Código Civil, estabeleceu a separação estrita das funções de *acusação, instrução e julgamento*, nos marcos de um procedimento em que o juiz de instrução ocupa lugar de destaque. Na concepção original desse sistema, já bastante modificado na Europa, quem acusa (o procurador ou o promotor) não investiga e quem investiga (o juiz de instrução) não julga (quem julga é o tribunal). Apesar do grande poder deixado ao juiz de instrução, o *Code* espelhava o triunfo do sistema acusatório, filho das revoluções liberais e reação ao sistema inquisitório medieval. Repartiam-se os poderes que na Idade Média pertenciam por inteiro ao Inquisidor.

Alguns querem transpor a sistemática do juizado de instrução para o Brasil, substituindo, na sua equação, o termo ocupado pelo juiz de instrução pela Polícia judiciária. Chegar-se-ia, assim, à conclusão adotada pela Egrégia 2ª Turma: o Ministério Público acusa e a Polícia investiga, sendo tais funções separadas e incomunicáveis. Como dito, a analogia é descabida. Na Europa, impede-se que o membro do Ministério Público realize a instrução, privativa do juiz: nela, o juiz de instrução tem amplos poderes, determina a prisão preventiva, escutas telefônicas, busca e apreensão etc. O princípio liberal determina que tais medidas não devam ser decididas pelo órgão acusador. Ora, a Polícia no Brasil não realiza *instrução*. Nem ela nem o Ministério Público podem adotar medidas de maior gravidade que firam a liberdade ou a intimidade do indivíduo, devendo ambos solicitá-las ao juiz. Não existe, assim, do ponto de vista da liberdade, qualquer ofensa ou perigo no fato de o agente do Ministério Público, promotor privativo da ação penal, requisitar documentos, perícias e ouvir testemunhas para colher os elementos de convicção necessários, não mais, de qualquer modo, do que acontece quando essas diligências são realizadas pela autoridade policial.

É preciso lembrar, ao contrário, que na maioria dos países europeus e sul-americanos, inclusive naqueles que adotam o juizado de instrução, a Polícia é diretamente subordinada ao Ministério Público, que dirige e coordena as investigações preliminares. Assim na França, Itália, Portugal, Espanha, Chile, Bolívia, Venezuela etc. Tal circunstância não é de modo algum considerada atentatória aos direitos e às liberdades individuais.

Outra concepção errônea, ligada também ao aspecto da separação entre as funções de acusação e instrução, mas que pelas mesmas razões não se aplica ao Brasil, é aquela que reclama imparcialidade do membro do Ministério Público quanto ao resultado das investigações realizadas pela Polícia. Alguns entendimentos vão no sentido de que a participação do membro do Ministério Público nas investigações o tornaria suspeito para exercer com imparcialidade a função de acusação; o *Parquet* seria assim um *filtro* entre a atividade da Polícia e o juiz, controlando os excessos daquela.

O Superior Tribunal de Justiça, em 13 de dezembro de 1999, adotou a Súmula 234, que afirma: *a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia*. Nada mais fez a Corte do que aplicar entendimento pacífico na doutrina, de que o Ministério Público é parte no processo penal. É o juiz quem deve ocupar o ponto equidistante entre acusação e defesa, entre o acusado e o Ministério Público, cuja função constitucional é acusar. A imparcialidade que se exige do membro do Ministério Público é aquela de cunho pessoal, proibindo que o acusador seja parente do juiz ou das partes, amigo íntimo ou inimigo capital etc.; do ponto de vista funcional, a imparcialidade é incompatível com a função do acusador público. Nesse sentido, já lecionava Hélio Tornaghi (*A relação processual penal*. 2. ed. 1987. p. 271):

“[...] não há que se falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um Juiz para decidir a acusação [...]. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu nem o de Juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado”.

Assim, no processo penal brasileiro, os requisitos da imparcialidade e a necessária distância das investigações são exigidos do juiz e não do membro do Ministério Público. Polícia e Ministério Público, no Brasil como alhures, ocupam posições similares no âmbito da função punitiva do Estado e não há incompatibilidade essencial entre suas funções.

Embora a regra seja a realização das investigações por meio de inquérito policial, os membros do Ministério Público brasileiro, promotores e procuradores da República, têm realizado diretamente algumas delas. Na maioria dos casos, por medida de celeridade e simplificação dos procedimentos, evitando-se instaurar inquérito policial quando uma simples requisição de documentos ou oitiva do investigado ou da vítima podem ser suficientes ao ajuizamento da ação penal. Em outros casos, mais raros, quando se vislumbra não haver interesse da Polícia em promover investigações sérias: crimes praticados por policiais, como tortura, ou casos de corrupção envolvendo altos governantes.

Finalmente, deve-se ter em mente que a Lei n. 8.429/92 autorizou o Ministério Público a conduzir inquéritos civis para apurar atos de improbidade administrativa. Existem milhares deles espalhados pelo país, no Ministério Público Federal e estaduais, em que se apuram atos de corrupção, dispensa indevida de licitações, superfaturamento etc., questões complexas do ponto de vista jurídico para as quais a Polícia nem sempre está preparada. Ao fim dessas investigações, o membro do Ministério Público dispõe de elementos suficientes para a propositura de ações civis por atos de improbidade administrativa. Pois bem, se as provas obtidas no inquérito civil indicarem também a prática de crime, devem ser consideradas imprestáveis para fins penais? Estará o procurador ou promotor proibido de ajuizar as ações penais cabíveis pelo fato de ter realizado as apurações? Estaríamos diante de um absurdo jurídico e prático, com afronta, inclusive, ao princípio constitucional da eficiência, que deve pautar a atuação de todas as esferas estatais.

Dessa forma, não há qualquer regra no direito brasileiro, ou sobretudo princípio jurídico, que impeça os membros do Ministério Público de promover diretamente diligências investigatórias. Não existe risco para os direitos fundamentais. Esse é inclusive o dever da instituição, que dele tem se desincumbido com louvor, sendo em grande parte responsável por apurações exitosas que vão aos poucos diminuindo a impunidade no país, como os casos do TRT de São Paulo, da Sudam, o combate ao crime organizado em diversos Estados da federação, entre tantos outros.

A imprensa chegou a mencionar recentemente a necessidade de uma operação *mãos limpas* no Brasil, que estaria sendo encorajada pelo próprio governo federal. Faltou lembrar que na Itália essa operação se deu não apenas com o estabelecimento de regimes prisionais mais severos, mas sobretudo com a ampla reforma do processo penal de 1989, conferindo mais independência aos membros do Ministério Público e colocando a Polícia judiciária sob o seu controle direto, e não lhes confiscando os poderes ou amesquinhando as funções.

LIMITES DO DIREITO PENAL NA MODERNA SOCIEDADE DE RISCOS

*Sílvia César Arouck Gemaque**

Sumário: 1 Introdução. 2 A globalização e o enfraquecimento do Estado. 3 O direito penal como instrumento do poder. 4 Direito penal e uma nova dogmática jurídico-penal. 5 Direito penal e eficácia. 6 Conclusões.

1 Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar as principais características da sociedade moderna atual no que diz respeito ao direito penal, bem como o enfoque complexo e multidisciplinar da problemática envolvida, principalmente à luz de questionamentos da teoria geral e da filosofia do direito.

Em um primeiro momento, serão analisadas as principais características da sociedade internacional atual, enfocando principalmente aspectos ligados à globalização e suas conseqüências.

A seguir, pretende-se introduzir o direito, que restará analisado como instrumento do poder, em uma perspectiva já estudada, por exemplo, por Michel Foucault. Aliado a isso, será estudada a eficácia do direito penal diante de uma nova sociedade que se apresenta após globalização.

Por fim, serão alinhavadas algumas perspectivas de uma nova dogmática que se faz necessária para um novo direito, que não podem mais ser retardadas.

2 A globalização e o enfraquecimento do Estado

As últimas décadas têm testemunhado profundas mudanças sociais, econômicas e políticas em todo o planeta, que contribuem para a modificação estrutural das relações sociais e, em conseqüência, jurídicas daí decorrentes.

O advento da revolução ocorrida no plano das comunicações, com a informática e a internet, que têm aproximado pessoas localizadas em diferentes partes do globo, se de um lado permitiu maior intercâmbio de idéias e experiências, por outro afugentou o homem do convívio social, despersonalizando as relações e transformando o homem moderno em um ser impessoal, alheio ao mundo real e alheio à humanidade inerente ao ser.

As mudanças tecnológicas e a facilidade com que podem ocorrer os negócios e as relações sociais diversas produzem a interface da alienação e da supremacia da máquina sobre o homem, em uma verdadeira “coisificação” do ser humano e das relações sociais.

* Sílvio César Arouck Gemaque é Juiz Federal substituto em São Paulo, Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal da UNIP/Santos.

São notórios esses fenômenos, tanto que atualmente se fala em um retorno à valorização de expressões artísticas de cunho individual, tal como a poesia, que ressaltem aspectos ligados à subjetividade do ser humano.

Tais fenômenos não representariam novidade, até porque a história está repleta de exemplos em que o homem se deixou alienar por “pseudodogmas” e formas de dominação¹, não fosse o fato de que o mencionado desenvolvimento tecnológico se fez acompanhar de profundas alterações econômicas que estão modificando, para pior, as relações sociais em geral, principalmente as relações nitidamente econômicas, como, por exemplo, as trabalhistas.

O advento da revolução tecnológica produziu uma redução efetiva do quadro de empregados das indústrias, exigindo a demissão de milhares de trabalhadores, produzindo um crescente desemprego em escala global, pois a produtividade, inerente aos processos de modernização tecnológica, tornou despidiendos os outrora indispensáveis operários.

As conseqüências desses fenômenos são visíveis: desemprego em massa, fome, marginalização social, vícios, violência etc.

Se nos países desenvolvidos² as mazelas sociais são importantes, nos países do terceiro mundo o problema é crítico. Esses países, que já foram vítimas de séculos de colonização imperialista, sofrem hoje uma neocolonização que não tem mais uma potência que possa ser identificada como metrópole, mas sim uma plêiade de dominadores, espalhados pelo planeta, que, em um simples apertado de botão, podem derrubar governos e desestruturar economias inteiras.

Habermas, em uma arguta análise da realidade moderna, alude ao fato de que três grandes ordens de poderes controlam efetivamente a sociedade: o mercado, a administração pública e a solidariedade³.

Tal pensamento é precioso, pois, de fato, vê-se que o mercado exerce um poder preponderante sobre o Estado, sendo que os agentes econômicos atuam hoje, aliás como sempre atuaram, segundo seus exclusivos interesses financeiros, com a única novidade de que, atualmente, aliaram isso a um apetite inextinguível pelo poder completo ao espriar seus interesses ao completo domínio do aparelho estatal.

Na absoluta maioria dos países, não há lugar no aparelho estatal em que as decisões não sejam ditadas por motivos econômicos, sendo que quem estabelece, em última análise, tais regras, são os agentes do mercado. Isso tanto é verdade que não há governo que se atreva, seja de esquerda ou de direita, a desobedecer ou a contrariar efetivamente os interesses do mercado. Tal conduta acabaria sendo severamente punida por esse agente virtual e poderoso.

Enquanto isso, uma verdadeira massa de seres humanos vive às margens da sociedade, pois, deslocados de seus postos de trabalho e de seus papéis sociais, tornaram-

¹ A inquisição, as monarquias absolutistas e o fanatismo religioso são exemplos disso.

² Na Europa, por exemplo, os índices de desemprego são alarmantes, tendo chegado, na Espanha, a atingir 20% da população economicamente ativa.

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade.

se seres sem um *status*, sem um papel social, para usar o pensamento de Niklas Luhmann, vagando pelas ruas, sobrevivendo até que a morte os atinja.

Por certo, verifica-se, diferentemente do que ocorria no passado, que a atual dominação econômica prescinde da força de trabalho e, a rigor, do próprio homem.

Precisas as observações de Viviane Forrester:

“Se a ferocidade social sempre existiu, ela tinha limites imperiosos, porque o trabalho oriundo das vidas humanas era indispensável para aqueles que detinham o poder. Ele não o é mais; pelo contrário, tornou-se incômodo. E aqueles limites esboroam-se. Será que se entende o que isso significa? Jamais o conjunto dos seres humanos foi tão ameaçado na sua sobrevivência. Qualquer que tenha sido a história da barbárie ao longo dos séculos, até agora os seres humanos sempre se beneficiaram de uma garantia: ele era tão essencial ao funcionamento do planeta como à produção e à exploração dos instrumentos do lucro, do qual representava uma parcela. Elementos que o preservavam. Pela primeira vez, a massa humana não é mais necessária materialmente, e menos ainda economicamente, para o pequeno número que detém os poderes e para o qual as vidas humanas que evoluem fora de seu círculo íntimo só têm interesse, ou mesmo existência – isso se percebe cada dia mais – de um ponto de vista utilitário”⁴.

Alheios a isso, os inoperantes sistemas estatais são incapazes de oferecer uma resposta para enfrentar ou sequer arrefecer tal estado de coisas. Principalmente nos países do Terceiro Mundo, o Estado não tem sequer capacidade de esboçar uma reação.

A situação de penúria desenhada colabora sobremaneira para o enfraquecimento do Estado como agente que implementa políticas públicas, percebendo-se um aumento nítido da criminalidade nas áreas onde a situação econômica se deteriora. Ainda que existam controvérsias quanto às causas da criminalidade, certo é que o fator econômico joga um papel preponderante no incremento da violência em geral.

Diretamente ligada ao aumento da criminalidade, surge a necessidade de se aumentarem os gastos públicos para fazer frente, repressivamente, ao problema, quando seria muito menos custoso enfrentar as causas do problema, que se encontram na falta de amparo às populações em geral, principalmente os mais jovens, que são recrutados para o crime.

Por outro lado, é cada vez maior a necessidade de novos instrumentos para fazer frente à escalada de fatores que incrementam situações de perigo e riscos para a humanidade. Basta ver, somente para ficarmos com dois exemplos, com que intensidade se destrói o meio ambiente⁵ e se estabelece a criminalidade organizada.

⁴ FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. 4. reimpr. São Paulo: Editora Unesp, 1997. p. 136.

⁵ O jornal *Folha de S. Paulo*, do dia 5 de novembro de 2002, publicou reportagem que dá conta de que o prejuízo decorrente de danos parciais ao meio ambiente já custou US\$ 70 bilhões à humanidade.

3 O direito penal como instrumento do poder

A partir do Renascimento e da Revolução Industrial, a filosofia passou por mudanças efetivas, as quais permitiram o surgimento das ciências, como são hoje conhecidas, abrindo-se, por meio da especialização, campos cada vez mais amplos de conhecimento e domínio da realidade.

A filosofia deixa, portanto, de ocupar o papel onipresente que ocupava, passando as ciências a ocupar um espaço complementar de maior especificidade e orientação, voltado a objetivos certos e determinados.

O nascimento do saber, na realidade, sempre esteve voltado para o estabelecimento do poder, tal como já destacara Michel Foucault⁶, verificando-se que diversas ordens de saber foram concretizadas exatamente para legitimar e melhor operacionalizar o poder, a saber: a pedagogia, a psiquiatria, os hospitais em geral, as prisões, a medicina, as escolas e fábricas etc.⁷.

Essa fragmentação do saber científico pode ser explicada como decorrência de uma característica do poder: sua capilaridade. Isto porque, como Foucault já visualizara, o poder é inerente ao ser humano, encontrando-se presente em todas as relações sociais, pois corresponde a uma característica instintiva do homem. Assim, nas mais singelas relações humanas, até nas relações amorosas, seria possível visualizar traços da chamada rede de poder⁸. Essas características explicam, por exemplo, como o poder despótico, muitas vezes, institucionaliza-se legalmente, independentemente do respaldo democrático, apesar do apoio popular tácito, pois consegue, de alguma maneira, formular uma solução de compromisso com a rede capilar de poder que existe em qualquer sociedade humana.

Dito isso, resta claro que o direito e, por conseguinte, o direito penal, também são instrumentos dessa rede de poder e de saber que se espraiam e estabelecem sistemas intrincados de comunicação, os quais, por sua vez, passam a influenciar a realidade. Há uma verdadeira multidisciplinaridade.

É crescente o pensamento de que existe um caráter de interdisciplinaridade entre as ciências. Edgar Morin alude à contextualidade, devendo ser verificadas as condições culturais e sociais, isto é, “ecologizar” as disciplinas científicas, pois todas vêm, a rigor, do mesmo nascedouro⁹.

4 Direito penal e uma nova dogmática jurídico-penal

O direito penal, como visto, é um instrumento de controle social, repressivo e violento, mas que vem servindo, ao longo dos séculos, como inibidor de condutas ofensivas ao ordenamento. Percebe-se, também, que, a partir do advento do princípio da legalidade,

⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC, 1986. *passim*.

⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000. *passim*.

⁸ FOUCAULT, ob. cit., *passim*.

⁹ MORIN, Edgar. Inter-poli-transdisciplinariedade. In: *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. p. 117.

da tipicidade de Belling e do garantismo, o direito penal tornou-se também instrumento de defesa do homem diante do poder estatal, visto que este, diante da tipicidade, sabe que só ocorrerá a punição se houver a prática do fato que se subsuma à norma penal. É, portanto, ao mesmo tempo instrumento de repressão e de garantia individual.

Esse modelo clássico de direito penal serviu durante a fase pré e recém-industrial, perdendo, contudo, eficácia, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente depois do advento da revolução tecnológica e da sociedade pós-moderna¹⁰, após o que se exige uma atuação mais efetiva de um novo direito penal mais preparado para enfrentar a criminalidade organizada e difusa que existe atualmente. É necessário que um novo direito penal seja construído, diferentemente daquele oriundo do positivismo jurídico, ou seja, um direito penal moderno e inerente a um sistema aberto para fazer frente à criminalidade da sociedade de risco¹¹.

Niklas Luhmann, em sua *Sociologia do direito*¹², alude ao fato de que a sociedade trabalha com expectativas sociais que são formas de estabilização das relações sociais, aliando tal fato aos papéis sociais que cada pessoa possui. Para Luhmann, o direito é um desses instrumentos, quiçá talvez o mais eficiente, de estabilização de expectativas, pois, ao definir os modelos de condutas socialmente adequados, confirma as expectativas decorrentes do consenso que brota da ação comunicativa, nos termos definidos por Habermas¹³.

O direito, para continuar a ser esse instrumento eficaz de estabilização de expectativas sociais decorrentes do consenso, deve adaptar-se às novas exigências da sociedade de risco, sob pena de ser substituído como instrumento por excelência de solução de conflitos, sendo que todos sabem das conseqüências nefastas à humanidade de escolhas que se desviaram dos lindes do direito para a solução das expectativas sociais¹⁴.

Evidentemente, muitas das respostas necessárias não se encontram no direito penal, mas sim em outras ciências, inclusive na economia e na administração pública, principalmente no que se refere ao combate à criminalidade e ao abandono da juventude. Mas, por certo, o direito penal pode reestruturar-se para fazer frente às novas exigências, tornando-se mais eficaz.

Essa eficácia não pode, contudo, ser esperada como solução, pelo direito penal, da criminalidade ou dos problemas decorrentes da violenta sociedade de risco em que vivemos, principalmente nos grandes centros urbanos.

A sociedade dispõe de outros instrumentos para a estabilização daquelas expectativas das quais falávamos, os quais também precisam ser redimensionados diante da nova realidade. Nesse sentido, a economia, a administração, a psicologia, a sociologia

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Modernidad e posmodernidad*. Trad. José Luis Salabardo Garcia-Muro. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 87-102.

¹¹ CAMARGO, Antonio Chaves de. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. Cultural Paulista, 2002. p. 191.

¹² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

¹³ Ob. cit., *passim*.

¹⁴ O nazismo, o fundamentalismo e as guerras estão aí para confirmar a idéia.

etc. O direito penal é um desses instrumentos. Não é a solução do problema, mas é certamente o instrumento à disposição do jurista para isso.

Por essas razões, não é mais concebível uma dogmática penal repleta de conclusões apriorísticas, resultantes de um positivismo jurídico ultrapassado, e sem a necessária correspondência com os fenômenos sociais que devem impulsionar os fenômenos jurídicos.

De acordo com Welsel e o finalismo, partia-se de uma estrutura lógico-objetiva como verdade imutável que vinculava o legislador e o intérprete¹⁵. Havia um apriorismo insito à teoria e que ofuscava a análise interdisciplinar do direito penal.

A superação do positivismo e do ontologismo de Welsel permitiu uma nova forma de encarar o direito penal, abrindo horizontes para um direito penal inserido em um sistema aberto.

O conceito de sistema é amplamente utilizado por todas as ciências exatas ou humanas, podendo ser definido como “um conjunto de elementos que se inter-relacionam mediante regras”¹⁶.

Em outras palavras, pode-se dizer que um sistema é um quadro, um modelo de determinada realidade ou situação, como se fosse um mapa no qual se encontram todos os elementos do ente que se quer representar. A noção de sistema é utilizada em todas as ciências, podendo-se falar em sistema nervoso, sistema digestivo, sistema ocular, sistema político, sistema eleitoral etc.

Até no uso vulgar é possível emprestar valor ao conceito de sistema, referindo-se, por exemplo, a um determinado sistema de livros, que formaria uma biblioteca.

O sistema jurídico, como sistema proposicional, nomoempírico e prescritivo¹⁷ que é, tem como característica básica o fato de trabalhar com a linguagem, sendo fruto da racionalidade humana. Porém, interage com o meio social; este, fruto da experiência. Na realidade, poder-se-ia dizer, como Paulo de Barros Carvalho, que não existe conhecimento fora da linguagem, pois mesmo no fenômeno de consciência de elementos do mundo externo, que trabalha essencialmente com os sentidos, já se pressupõe a utilização da linguagem¹⁸.

Os sistemas podem ser abertos ou fechados. Fechados são os que não recebem influência do mundo exterior. Por exemplo, o aludido sistema de livros que compõe uma biblioteca, pois ele independe de influências externas para existir. Faça chuva ou faça sol, continuará a existir como biblioteca. Pegue alguém um livro ou não o pegue, ele continuará formando um sistema. Evidentemente, um sistema fechado só é admissível em termos relativos, já que em termos absolutos não existiria sistema fechado, pois, em alguma medida, sempre poderão ocorrer influências externas. Poder-se-ia imaginar, assim, um terremoto que destruísse o sistema-biblioteca.

¹⁵ VALLEJO, Manuel Jaén. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*, Madrid, t. 48, fasc. 1, p. 60, 1995.

¹⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva. p. 31.

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 96.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros, ob. cit., p. 97.

O sistema jurídico é aberto, visto que é suscetível de influências de outras áreas do conhecimento. No entanto, ele cria suas próprias realidades, ou seja, é *autopoiético*.

Quer-se dizer, com isso, que o sistema jurídico, por pretender dar segurança jurídica a todos, erigiu-se com base em sua universalidade, pelo que pretende responder a qualquer conflito, indagação ou lacuna que lhe apareça, ainda que isso seja discutível, pois se reconhece atualmente que, diante de algumas situações, o direito deve reconhecer sua inutilidade em oferecer alguma resposta. Entendemos, contudo, que essa exceção apenas confirma a regra, pois ver-se-á que essa abertura cognitiva e *autopoiética* também se dá diante de outros ramos científicos além do direito. O direito, do ponto de vista normativo, produz suas próprias realidades, fruto de sua abstração racional.

Interessante, nesse sentido, a observação de Benedito Hespanha:

“A produção autopoiética e a regulação sistêmica do Direito positivo não são incompatíveis; ao contrário, a autopoiesis do jurídico pode aperfeiçoar a construção crítica dos princípios, das regras e das instituições da ordem política”¹⁹.

William James cunhou o termo “universo pluralístico” (ou *Pluralist Universe*) para explicar como as coisas funcionam. Segundo o grande pensador e romancista novaiorquino, a experiência não seria um mero dado ou um simples objeto, mas sim o resultado de toda uma relação, seria mesmo resultado de uma série de relações de problemas concretos, transformando-se em um processo eterno e que está sempre por vir a se tornar algo, ou seja, um eterno vir a ser²⁰.

Precisas as palavras de Chaves Camargo:

“O sistema aberto se impõe à ciência penal moderna, no sentido que Schunemann indica de não se tornar obstáculo ao desenvolvimento social e jurídico, mas que o favoreça e se adapte a ele (Introducción..., p. 36). Nos anos 70, Roxin indicou os três pontos fundamentais da metodologia jurídico-penal para um sistema frutífero: claridade, ordenação conceptual, referência à realidade e orientação para a finalidade político-criminal. Estes aspectos levam o jurista a uma atenção maior quanto aos problemas sociais indicados em cada momento histórico, nisto incluindo-se os aspectos políticos que recomendam a solução jurídica destes problemas”²¹.

A dogmática jurídico-penal é instrumento da política criminal. Esta não está ligada apenas ao direito. Diferentemente, representa os mais elevados anseios político-sociais de uma sociedade, definindo diretrizes para a solução dos problemas relacionados à criminalidade. Em razão disso é que não deve o jurista imaginar que partirá do direito penal a solução da criminalidade.

¹⁹ HESPANHA, Benedito. A autopoiesis na construção do jurídico e do político de um sistema constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 77, apud CRUZ, Valéria Álvares. *Direito, complexidade e sistemas*. São Paulo: Fiúza Editores, 2001. p. 82.

²⁰ SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade*. Rio de Janeiro: Difel, 2002. p. 552.

²¹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 27.

Daí a importância de um estudo multidisciplinar do direito penal, porquanto inserido na política criminal, que tem como escopos e limites os fundamentos do Estado Democrático de Direito, mormente a defesa da dignidade da pessoa humana, sendo este, no ordenamento brasileiro, princípio fundamental do sistema jurídico, já que previsto no art. 1º da Constituição Federal.

Atento a esses significados, Chaves de Camargo confirma a união entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal:

“É importante assinalar que a dogmática jurídico-penal e a política criminal estão unidas e, com apoio nos princípios constitucionais, se destinam a cumprir os objetivos de reafirmação dos valores vigentes, não só para a escolha dos instrumentos capazes de obstaculizar a criminalidade, nos limites das garantias constitucionais, mas também colaborar para a construção da norma futura”²².

A imputação objetiva compõe, nesta medida, uma dessas novas características da moderna dogmática jurídico-penal, sendo que todo o fato criminoso deve ser analisado pela imputação objetiva, podendo ser importante instrumento para o auxílio no combate à criminalidade na moderna sociedade de risco. O direito penal brasileiro precisa afastar-se do positivismo frio, que possui grande prestígio no Brasil, pois não é mais suficiente para enfrentar os problemas penais da sociedade de risco, bastando ver o crime organizado, a necessidade de proteção do chamado patrimônio difuso (meio ambiente, consumidor, cultura etc.) e a mazela de nosso sistema penitenciário, que não cumpre mais a função retributiva inerente a essa fase de materialização da pena²³.

A visão do sistema aberto, aliada à interdisciplinaridade, bem como a visão funcionalista do direito penal, que o vê como reafirmação dos valores vigentes na sociedade, são ferramentas indispensáveis ao jurista, para fazer frente à moderna sociedade de risco.

5 Direito penal e eficácia

Um grande problema do direito penal é o de sua eficácia, pois, na medida em que é instrumento do poder, é importante que seja capaz de atingir seus objetivos. Deve-se indagar, portanto, quais as causas de um direito penal eficaz e quais os métodos que podem mantê-lo eficaz e preparar mudanças futuras.

Um dos questionamentos atuais é o relativo à legitimidade do direito, ou seja, o que torna o direito passível de cumprimento e compreensível pelos destinatários como norma válida e racional.

Certamente não é mais a moral que legitima o direito, como pretendia Kant com a lógica da razão prática e o fundamento metafísico da moral e do direito. Atualmente, na linha do pensamento de Jürgen Habermas, entende-se que a legitimidade do Direito surge

²² Ibidem, p. 168.

²³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, *passim*.

da produção democrática da norma jurídica, em um ambiente que assegure a liberdade de comunicação entre os agentes da ação comunicativa, tendo como objetivo o consenso, que acaba por cristalizar a norma jurídica, como meio universal de fazer cumprir as expectativas sociais. Habermas entende ainda que é necessário que se divulgue a norma jurídica, para que a sociedade possa ter pleno conhecimento dela, facilitando assim a familiarização normativa:

“[...] Enquanto sujeitos do direito, eles têm que ancorar esta prática da autolegislação no ‘medium’ do próprio direito; eles têm que institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o princípio do discurso. Por conseguinte, o estabelecimento do código do direito, levado a cabo com o auxílio do direito através de direitos de comunicação e de participação, os quais garantem um uso público e equitativo de liberdades comunicativas. Por este caminho, o princípio do discurso assume a figura jurídica de um princípio da democracia”²⁴.

Essa idéia é fundamental para entendermos o papel que deve desempenhar a pena, como prevenção geral positiva, na sociedade de risco.

À pena devem corresponder duas finalidades: a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva. Uma moderna visão do direito penal superou o pensamento que via na pena tão-somente a prevenção geral e especial negativas, de cunho retributivo apenas.

Para que o direito penal resulte eficaz, é mister que as finalidades da pena sejam atingidas.

Mercedes Pérez Manzano, ao tratar da prevenção geral positiva, também alude à necessidade de incorporação pelos cidadãos dos valores da norma:

“La afirmación de que la eficacia preventivo general de la pena depende de que ésta sea considerada justa se basa em la idea correcta de que el actuar humano se rige por consideraciones valorativas, de manera que el efecto de motivación de conductas que tiene la pena no puede explicarse en términos lineales estímulo-respuesta. Ello significa que la valoración ética negativa de una sanción por la sociedad puede convertirla en ineficaz. Pero no significa que la intimidación desprovista de cualquier consideración de justicia sea ineficaz; dependerá del grado de temerosidad y rebeldía frente a las injusticias del ciudadano”²⁵.

Apenas a comunicação do conteúdo das normas penais à sociedade, com a correspondente assimilação dos valores por parte desta, é capaz de garantir a efetiva legitimidade e eficácia ao direito penal.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 1997. v. 2, p. 320. (Biblioteca Tempo Universitário, 102).

²⁵ MANZANO, Mercedes Pérez. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 80.

Por outro lado, a prevenção especial positiva é também importante instrumento de eficácia do direito penal. Pela prevenção especial positiva, a pena assume um caráter repressivo, tendo por escopo a ressocialização do delinqüente, por intermédio da individualização da pena²⁶.

No Brasil, a individualização da pena é precária, pois não existem instrumentos capazes de transformar aquela previsão genérica da pena, definida na lei, em algo concreto e aplicável a um ser com características próprias e com uma dignidade inerente. De um lado, temos um sistema carcerário absolutamente falido e um Estado sem meios capazes de garantir a pena como salutar instrumento de repressão. Os presídios brasileiros viraram quartéis do crime, sem que o Estado consiga obter o controle da situação. Por outro lado, a prevenção especial positiva também falha, na medida em que não existem condições de, buscando-se auxílio em ciências complementares, atender à ressocialização do preso. Nem ao menos, no aspecto jurídico, existem garantias eficazes de que os juízes fundamentem corretamente as aplicações das penas. Não existem sequer debates dialéticos entre as partes, na maioria dos processos, a respeito da pena justa a ser aplicada na sentença.

Antonio Scarance Fernandes sustenta a necessidade de se instaurar no processo penal uma fase obrigatória, antes da sentença, para se discutir claramente a pena:

“A discricionabilidade do juiz na aplicação da pena não pode significar arbítrio, pois ele deve necessariamente extraí-la de dados concretos dos autos, que revelam aquela situação formada por circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição. Importa que, pela inclusão de uma agravante na denúncia ou pela oportunidade dada pelo juiz de discutir determinada circunstância que poderá exasperar a sanção, o acusado seja posto em condições de influir na pena a ser aplicada e não seja surpreendido com uma punição exagerada e prejudicial ao seu direito de liberdade”²⁷.

A individualização da pena pressupõe que nenhum crime merece uma pena exatamente igual à de outro crime, porque evidentemente os crimes são praticados por pessoas que têm características, motivos, personalidades, conflitos sociais e psíquicos e outros fatores pessoais que deveriam ser analisados para atingir a pena justa e capaz de alcançar otimamente a prevenção especial positiva, mesmo se a conclusão seja pela não-aplicação de pena alguma, nos termos da prevenção especial integrativa, na medida em que não houver dano ao ordenamento jurídico como um todo.

Neste sentido, penso que todos os infratores penais deveriam ser objeto de exame psicológico, pois esta seria a maneira mais eficaz de se verificarem as condições pessoais do delinqüente e permitiria ao juiz aplicar a pena justa para o caso concreto. Nosso sistema, como se sabe, contenta-se com a realização de exame psicológico para os inimputáveis ou semi-imputáveis, mas esquece que todo crime, ou pelo menos a maioria deles, envolve seres que possuem problemas psíquicos de ordem neurótica e perversões, os quais, ainda

²⁶ CAMARGO, Antonio Luis Chaves de. *Sistemas de penas...*, cit., p.176.

²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Novos perfis da reação defensiva à imputação*. 2000. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. p. 361.

que insuscetíveis de acarretarem o desconhecimento do caráter ilícito do fato, interferem como causas compulsivas do comportamento criminoso. A psicanálise, ao estudar, desde Sigmund Freud, os problemas psíquicos do homem e ao desvendar a etiologia das neuroses, revelou comportamentos que, muitas vezes, transformam o homem em um ser compulsivo.

Para a psicologia, compulsão é um comportamento de origem inconsciente, pelo qual o sujeito se coloca, de forma ativa, em situações perigosas ou penosas, atualizando situações antigas sem se recordar do protótipo e tendo a impressão real e forte de que faz algo plenamente justificado na atualidade²⁸.

O próprio Freud chegou a afirmar que a psicanálise atingiria uma fase de desenvolvimento do conhecimento da mente humana, em que todos os problemas psíquicos seriam resolvidos com remédios. Interessante que, ainda que tal afirmação não tenha se conectado com os estudos de Freud, que sempre foram no sentido diametralmente oposto, buscando muito mais as causas dos conflitos, por meio de um processo lento, mas seguro e eficaz, de busca da verdade, atualmente tais assuntos vêm sendo objeto de vários estudos e reportagens.

Esse pensamento nada mais é que a velha discussão entre o livre-arbítrio e o determinismo. Ainda que tenhamos optado, nas ciências humanas, pelo racionalismo e pelo livre-arbítrio, não podemos esquecer que há uma zona de inter-relacionamento entre determinismo e liberdade²⁹, o que não pode ser negado pelo direito penal.

O direito penal brasileiro, diante desses fatos, simplesmente trabalha com a abstração de que todos aqueles que têm conhecimento da ilicitude do fato e podem determinar-se por outro modo devem responder pelo crime, e não se exige exame psicológico aos imputáveis.

Tal posição não corresponde aos fins de individualização da pena, principalmente diante do critério da proporcionalidade com a qual se deve trabalhar, desrespeitando ainda o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, haja vista que trata todos como se fossem iguais, quando se está diante de seres diferentes e com vivências singulares.

Daí nosso entendimento no sentido de que deveria ocorrer modificação legislativa e da dogmática jurídico-penal, de modo que atendesse às situações acima indicadas, assegurando uma melhor análise do ser humano delinqüente, para bem atender as finalidades de prevenção especial positiva da pena.

6 Conclusões

Ao final do presente trabalho, podemos cristalizar algumas idéias lançadas no texto e que podem contribuir para o entendimento do difícil papel que possui o direito penal moderno.

²⁸ LAPLANCHE; PONTALIS. *Vocabulário da psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 83.

²⁹ Entretanto, esse entendimento não pode transformar as conclusões médicas em verdades absolutas e aceitáveis *a priori*, pois isso evidentemente não atenderia ao objetivo buscado por uma nova dogmática penal.

Percebe-se que o direito penal vive atualmente uma séria crise de identidade, pois os juristas, principalmente em nosso país, encontram-se praticamente indiferentes a uma visão multidisciplinar que se faz necessária, principalmente na moderna sociedade de risco em que vivemos.

Os problemas da globalização, a criminalidade organizada, o poder da mídia e as evoluções tecnológicas, que todos testemunham, estão produzindo mudanças muito rápidas, e o direito penal não pode perder a oportunidade de atualizar-se.

Daí a importância de uma nova dogmática jurídico-penal, que possa fazer frente a essa realidade que se descortina. O jurista precisa renovar seu instrumental de análise para enfrentar de maneira racional, inteligente e construtiva a criminalidade.

Ciente de que a solução da criminalidade não é tarefa apenas sua, o jurista deve abrir-se para novas aprendizagens e formas de abordagens, trazendo a pena para suas finalidades de prevenção geral e especial positivas, de modo que cause uma eficaz modificação da sociedade e do criminoso. Neste ponto, pugnamos pela aplicação efetiva da teoria da “imputação objetiva” sobre a análise do fato criminoso diante de ordenamento jurídico como um todo, como instrumental necessário para o problema. Pugnamos ainda pela necessidade de se operacionalizarem melhores instrumentos para comunicar ao povo as condutas passíveis de punição, de modo que se possa alcançar melhor legitimidade das normas e maior obediência. Por fim, como instrumento de prevenção especial, além da melhoria do sistema de cumprimento das penas, pugnamos por uma análise mais individualizada e universal das condições psíquicas dos apenados como medida necessária para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como visto, isto só será possível a partir da verificação de que o direito penal forma um sistema aberto e de que a dogmática jurídico-penal compõe a política criminal, de forma que todos devem agir dialética e complementarmente para a solução da problemática moderna da criminalidade.

Bibliografia

- ÁLVARES CRUZ, Valéria. *Direito, complexidade e sistemas*. São Paulo: Fiúza Editores, 2001.
- ARENDRT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves de. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- _____. *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Novos perfis da reação defensiva à imputação*. 2000. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

- FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Unesp, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC, 1996.
- _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Volumes I e II. (Biblioteca Tempo Universitário).
- _____. Modernidad versus postmodernidad. [Trad. José Luis Salabardo Garcia-Muro.] In: PICÓ, Joseph (Comp.). *Modernidad y postmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 87-102.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 48, fasc.1, p. 58-70, 1995.
- LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Baptiste. *Vocabulário da psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LAVILLA, Francisco Baldó. Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 357-385.
- LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. [Trad. Celso Sanchez Capdequi.] In: BERIAIN, Josexto (Comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad; contingencia y riesgo*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996. p. 123-153.
- _____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MANZANO, Mercedes Pérez. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 357-385.
- MORIN, Edgar. Inter-poli-transdisciplinariedade. In: *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. p. 105-117.
- _____. A noção de sujeito. In: *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. p. 117-127.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R.Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade: a história do pensamento dos tempos antigos à atualidade*. Trad. Fausto Wolff. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

CONFERÊNCIAS

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS¹

*Clèmerson Merlin Clève**

Há, no direito constitucional brasileiro contemporâneo, perfeitamente delineadas, duas correntes doutrinárias: uma denominada *dogmática da razão do Estado* e outra que pode ser chamada de *dogmática constitucional emancipatória*.

A *dogmática da razão do Estado* estuda o direito constitucional como qualquer outro domínio do direito, prendendo-se, muitas vezes, a conceitos teóricos anteriores à Constituição Federal de 1988 e a uma espécie de interpretação retrospectiva da ordem constitucional, que é indiferente e insensível aos institutos que vieram para transformar a nova ordem constitucional. Referida vertente encontra-se, em geral, ainda que inconscientemente, ligada à manutenção do *status quo*, daí a razão pela qual foca sua visão teórica na idéia de Estado, procurando desenvolver esforços para legitimar a atuação do poder político, qualquer que seja ele. O Estado assume, nesse contexto, absoluta centralidade, sendo o discurso constitucional experimentado como disciplina voltada exclusivamente ao estudo da normatividade do espaço político, sendo negligenciado o espaço societário extra-estatal.

Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, tendo o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.

O foco dessa dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Essa dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, alto e bom som, que o direito constitucional se realiza, verdadeiramente, na transformação dos princípios

¹ Degravação de conferências proferidas, em agosto de 2002, no III Simpósio de Direito Constitucional e Infraconstitucional, promovido pela Procuradoria-Geral da República, em Brasília, e no Fórum Social Mundial, em 2003, em Porto Alegre.

* Clèmerson Merlin Clève é Titular das Faculdades de Direito da UFPR e da UniBrasil e Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado da UFPR.

constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.

Em relação aos direitos fundamentais clássicos, há, no Brasil, uma excelente dogmática que passa por um processo contínuo de sofisticação e de verticalização teóricas. Os fundamentais clássicos são direitos que podem ser, desde logo, exercidos pelo cidadão, prescindindo, assim, de maneira geral, da atuação do poder público. Está-se a referir, por exemplo, à liberdade de locomoção, ao direito de informação, à liberdade de expressão, de reunião, de associação, de consciência etc., ou seja, a posições jusfundamentais que podem, em suas dimensões básicas, ser satisfeitas pelo simples atuar de seu titular.

A teoria constitucional brasileira não desconhece que apontados direitos *em princípio* exigem a abstenção do poder público. Diz-se *em princípio*, porque o Estado não pode deixar, igualmente, de *atuar* para proteger os direitos fundamentais, inclusive normativamente (dever de proteção), e de implantar políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos que, em sua configuração mais singela, não exigem mais do que a iniciativa do seu titular. Admita-se que é duplo o papel do poder público nesse particular. Deve abster-se, por um lado, é verdade. Mas, por outro lado, deve agir para fomentar as iniciativas dirigidas à promoção de referidos direitos (educação para a cidadania, repartições públicas adequadas etc.), bem como dos pressupostos para seu exercício (a inviolabilidade do domicílio pressupõe a existência de uma moradia; a liberdade de locomoção, nos grandes centros, pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado etc.).

Experimenta-se, atualmente, no direito brasileiro, um momento adequado para a discussão a propósito da eficácia dos direitos fundamentais sociais, sendo necessário aprofundar os estudos constitucionais nesse sítio. Isso ocorre inclusive porque a Constituição em vigor, de alguma maneira, alterou significativamente o quadro dos direitos fundamentais, especialmente quando, em vários dispositivos constitucionais, mas, especialmente, no art. 6º, nominou-os reportando-se ao direito à (proteção da) saúde, ao direito ao lazer, ao direito à moradia (incluído no rol por força da EC n. 26/2000), ao direito à educação, à previdência, entre outros. A Constituição de 88 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Ninguém desconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram, de maneira fragmentada, a propósito desse tema. Ocorre que se insere um dispositivo contemplando esses direitos como *verdadeiros* direitos fundamentais, introduzindo-o, portanto, no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional. É evidente que essa previsão se explica, em parte, pelo momento especial pelo qual passava, na década de oitenta, a experiência constitucional brasileira. Explica-se, mais, pelo compromisso do constituinte com os postulados do Estado democrático de direito, compromisso que implica determinadas redefinições conceituais no universo dos direitos fundamentais. Explica-se, também, pelo especial modo de elaboração da Constituição Federal de 1988 (favorecendo ampla discussão e disputabilidade) e, mais do que isso, em virtude da demanda dos movimentos sociais que estavam a reivindicar esses direitos. Verifica-se, dessa maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória,

marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloqüente significação.

Tradicionalmente, no direito brasileiro, resolvem-se as questões envolvendo a normatividade constitucional a partir de algumas teorias classificatórias. Emerge, aqui, todo um quadro doutrinário voltado a estabelecer o registro das normas constitucionais apartadas por um critério que leva em conta a possibilidade de aplicação imediata ou mediata. Está-se a referir ao célebre problema da aplicabilidade das normas constitucionais. O que se propõe, no entanto, é tratar desse tema sob a ótica dos direitos fundamentais com ênfase no papel da jurisdição constitucional, deixando de lado os ensaios classificatórios.

No direito brasileiro, a jurisdição constitucional exerce um papel proeminente, pois ostentamos um sistema de controle de constitucionalidade bastante complexo, que funde, em parte, as experiências constitucionais norte-americana e européia. Todavia, importa compreender que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é pródigo quanto aos mecanismos de controle dos atos do poder público editados com violação às disposições constitucionais. Então, quando o poder público atua agredindo disposição que impõe inércia, ou quando atua, podendo atuar, porém movendo-se de maneira inadequada ou, ainda, de modo a violar regra de competência ou de procedimento, há uma gama de mecanismos orientados à censura da atuação. Ocorre, no entanto, que não há em nosso país ações constitucionais eficientes para o controle das omissões inconstitucionais, especialmente de controle abstrato de referidas omissões. Cumpre concordar, portanto, que os mecanismos processuais colocados à disposição, pelo constituinte, para o controle da omissão inconstitucional, são bastante tímidos.

É evidente que a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* apresenta-se como um mecanismo absolutamente frágil de controle da omissão inconstitucional. O *mandado de injunção*, particularmente em função da jurisprudência da Excelsa Corte, assim como a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, neste caso em função de sua configuração normativa, não consubstanciam meios eficazes e suficientes para a solução da inércia do poder público violadora de direitos fundamentais. A *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, por seu turno, pode se apresentar como um interessante instrumento de controle. Cabe, entretanto, aguardar a afirmação de uma sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito, o que ainda não ocorreu. É necessário, portanto, orientar-se na busca da plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos.

Ninguém desconhece que a atuação do juiz nesse campo é particularmente complexa. É que os direitos sociais realizam-se por meio de prestações do poder público, prestações que pressupõem a existência de um orçamento e de dotações específicas. Por conta disso, alguns sistemas constitucionais, como o português, por exemplo, estabelecem no próprio corpo da Constituição uma distinção de regimes jurídicos. Ou seja, os *direitos, liberdades e garantias* (direitos clássicos ou de defesa) não ostentam o mesmo regime dos *direitos sociais, econômicos e culturais* (direitos prestacionais). A Constituição Portuguesa

vigente, então, aponta para uma distinção de regime jurídico não encontrável no direito brasileiro. Entre nós, a Constituição, ao tratar dos direitos fundamentais, não prevê, expressamente, em nenhum momento, uma dualidade de regimes. Em tese, no direito constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do poder público. Por isso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição incide sobre ambos os territórios (direitos de defesa e direitos sociais prestacionais).

Ora, se é verdade que a Constituição não aparta os direitos (clássicos ou prestacionais) em regimes distintos, não é menos verdade que apontados direitos decorrem de disposições constitucionais dotadas de estruturas normativas distintas. Não é possível deixar de considerar que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente daquela própria dos direitos de defesa.

No sítio dos direitos de defesa, ocorrendo hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, no geral, uma atuação além da censura judicial à ação do poder público.

A situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo por meio do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa, uma vez observada a previsão da receita.

Afirme-se, portanto, que, sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Estado, espaço político por excelência, haverá também de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional, desenhada pelo constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais por meio da atuação do Legislativo, buscando a concretização das disposições constitucionais, inclusive daquelas veiculando os direitos prestacionais, mediante atuação do Judiciário, que deverá manifestar-se com sustentação numa hermenêutica comprometida com a principiologia constitucional, e em virtude da ação do Executivo, ao qual incumbe desenvolver políticas públicas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados à idêntica finalidade (saúde, educação, habitação etc.).

É nesse contexto que se pode tratar da eficácia dos direitos sociais. São direitos exigíveis perante o Poder Judiciário? Pode um particular reivindicar judicialmente a prestação estatal necessária para a realização do direito social? Pode o cidadão reclamar, perante o Judiciário, as prestações estatais concernentes ao direito à moradia, à educação, à saúde? Está o juiz autorizado a manejar, ainda que indiretamente, por meio de decisão judicial, os recursos da peça orçamentária? Não estaria o juiz, em semelhante circunstância, a administrar, a exercer função assinada ao Executivo pela Constituição?

Há teorias que sustentam que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, constituindo, na verdade, meros programas de ação governamental. Afinal, as disposições constitucionais respectivas não apontam o responsável por sua efetivação, não definindo, ademais, e concretamente, a prestação devida. Não definem sequer, de maneira geral, a precisa prestação reclamada do Estado para a sua solução. Seriam disposições, portanto, dependentes de regulamentação, da atuação do legislador, sem as quais seriam inexigíveis. Ora, cumpre construir caminho distinto. O que se propõe é uma leitura desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais. Quem somos nós para recusar a condição de direitos fundamentais para aqueles que o constituinte definiu como tais?

Deve-se partir do princípio de que tudo o que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as conseqüências dessa afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia.

O art. 6º da Constituição Federal não substancia norma programática (no sentido de despida de eficácia imediata), devendo ser considerada disposição de direito fundamental. Nesse ponto algo precisa ser dito a respeito das *funções* e *dimensões* dos direitos fundamentais.

A *dimensão subjetiva* envolve a constituição de posições jusfundamentais, quase sempre caracterizadas na condição de direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A *dimensão objetiva*, por seu turno, compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação). Neste ponto, independentemente das posições jusfundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo que confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais). A *dimensão objetiva* também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. A *filtragem* substancia, na verdade, uma espécie de *interpretação conforme a Constituição*, significando que toda atuação do poder público (atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) haverá de manifestar-se conforme os direitos fundamentais, ligando-se também àquilo que, no campo da incidência da normativa constitucional jusfundamental sobre o campo da autonomia privada, a doutrina tem chamado de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Significa dizer que os direitos fundamentais, ainda que de modo singular, incidem também no campo das relações entre os particulares. Aliás, seria, neste ponto, interessante questionar a propósito da eficácia horizontal dos direitos sociais, se é pensável a sua emergência, ou se, afinal, direitos desse naipe vinculam exclusivamente o poder público. Há, aqui, um bom campo para a reflexão e a pesquisa.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais emergem determinadas conseqüências. Uma linha de crédito do BNDES, por exemplo, que favoreça a busca de maior produtividade nas indústrias brasileiras não poderá, em princípio, ser tida como

inconstitucional. Mas se essa política de crédito supõe alcançar produtividade crescente por meio da substituição dos trabalhadores por máquinas, sem a previsão de nenhum mecanismo de preparação do trabalhador para enfrentar novamente o mercado de trabalho, é provável que a política creditícia esteja em desacordo com a normativa constitucional, especialmente com o princípio constitucional do pleno emprego e com o direito ao trabalho. Nesse caso, aceitando-se ser discutível a possibilidade de um trabalhador ameaçado aforar medida judicial contra o banco, cumpre aceitar a possibilidade de ações coletivas, especialmente manejadas pelo Ministério Público, para deter a política inconstitucional ou para compelir a autoridade responsável a reorientá-la.

Quanto ao direito à saúde, importa reconhecer que, na maior parte das cidades brasileiras, o saneamento básico (uma das extensões do direito à saúde) não atende à totalidade da planta urbana, devendo o poder público levar o sistema de esgotamento sanitário (com tratamento, exigência de natureza constitucional-ambiental) e de água tratada às residências não-atendidas. Nesse caso, da dimensão objetiva do direito à saúde extrai-se a possibilidade do aforamento de medidas judiciais coletivas orientadas para compelir o poder público a adotar uma política pública para que num prazo determinado (cinco, dez, quinze anos, de acordo com a capacidade de arrecadação) atenda a todo o universo de residentes do município.

Os direitos fundamentais sociais, é necessário ter clareza quanto a isso, são direitos de satisfação progressiva, cuja realização encontra-se estreitamente ligada ao PIB (Produto Interno Bruto) e, portanto, à riqueza do país.

No plano da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais desempenham, pelo menos, três funções: *defesa*, *prestação* e *não-discriminação*. Ou seja, os direitos fundamentais (i) situam o particular em condição de opor-se à atuação do poder público em desconformidade com o mandamento constitucional, (ii) exigem do poder público a atuação necessária para a realização desses direitos e, por fim, (iii) reclamam que o Estado coloque à disposição do particular, de modo igual, sem discriminação (exceto aquelas necessárias para bem cumprir o princípio da igualdade), os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento. Então, salvo nas hipóteses de ação afirmativa, em que poderá haver uma discriminação (temporariamente justificável) que busque atender determinadas finalidades constitucionais (proteção de determinado gênero ou grupo, por exemplo), a exigência é de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (idéia de universalidade), implicando para o particular o poder de reivindicar perante o Judiciário idêntico tratamento.

Na Constituição Federal, inclusive no art. 6º, encontram-se *direitos prestacionais originários* e *direitos prestacionais derivados*.

Os primeiros podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora. Por isso, ainda que o poder público não tenha colocado os serviços à disposição dos particulares, ainda que não haja lei alguma regulamentando a matéria, esses direitos, porque implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem, são suscetíveis, perfeitamente, de demanda perante o Poder Judiciário.

Os direitos prestacionais derivados, por seu turno, não se realizam, inteiramente, sem a prévia regulamentação, ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária. A maior parte dos direitos sociais reside no sítio dos prestacionais derivados. Todavia, há na Constituição determinados direitos originários, como, por exemplo, o direito à educação, especialmente no que concerne ao ensino fundamental. Neste caso, saliente-se, ainda que não existisse nenhuma lei tratando a propósito, embora ausente previsão orçamentária própria, pelo simples fato de a própria Constituição Federal afirmar que o acesso ao ensino fundamental consubstancia direito público subjetivo, ele poderá ser invocado perante o Poder Judiciário que, por sua vez, ordenará ao poder público as providências cabíveis para sua concretização. Mesmo que não existam escolas suficientes para atender todos os alunos, a autoridade pública haverá de providenciar alguma solução para adimplir a obrigação correspondente à afirmação do direito.

O segundo exemplo é o do direito à saúde (especialmente em relação a determinadas extensões mais evidentes). É claro que este foi regulamentado pelo legislador, razão pela qual, no âmbito do sistema unificado de saúde preconizado pela Constituição, em linhas gerais, estão definidas as ações de saúde a cargo da União, dos estados e dos municípios. Mas, ainda que não houvesse a definição legislativa, esse direito poderia ser reclamado perante o Judiciário. Daí a razão pela qual os cidadãos podem reivindicar, por exemplo, o acesso a um determinado medicamento, ou a um determinado tipo de tratamento, especialmente se eles foram devidamente recomendados pelas autoridades brasileiras.

É certo que há limites também no universo dos direitos originários. Ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível. Por isso não pode, por exemplo, o cidadão pretender, num país como o nosso, exigir, no caso de padecer de determinada patologia, tratamento no exterior, ou um tipo específico de tratamento apenas encontrável em distante rincão, ou uma forma de terapia absolutamente não recomendada pelos órgãos de saúde do país. Os originários são também direitos de satisfação progressiva, dependendo do nível de riqueza da sociedade. O que os torna especiais é o fato de serem, desde logo, exigíveis, inclusive judicialmente, cabendo ao juiz verificar, na hipótese de omissão do poder público, se a prestação exigida pelo particular é compatível com o que, razoavelmente, se poderia esperar do poder público em termos de atendimento ao direito em questão.

Em relação à criança e ao adolescente, que, do ponto de vista constitucional, devem ser considerados como prioridade, mesmo à falta de lei (e temos lei), a autoridade estaria obrigada a tomar as providências cabíveis para a proteção de seus direitos. Há outros direitos prestacionais originários. Os referidos, porém, são os que importam para a presente exposição.

Discute-se muitas vezes se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador. Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderiam dispor sobre *o que* e *o como* da atuação estatal. Ora, o ordenar o cumprimento de direitos prestacionais significaria substituir-se, ao administrador, o juiz, implicando quebra do

princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa.

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião dessa dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário, que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (constituente) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura). Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não há papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, estando comprometido com a efetividade da Constituição, não pode, no entanto, ultrapassar certos limites, sob pena de colocar em risco os postulados do Estado democrático de direito.

Há, sem dúvida, a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Nesse passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas, diante da fragilidade dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive as ações coletivas, especialmente a ação civil pública. O manejo da ação civil pública pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação das políticas necessárias à realização progressiva dos direitos. É claro que é imprescindível, nesse caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos *ao mesmo tempo*: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura etc. Ou seja, não há como possa o Estado resolver *de uma vez* um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. Ou seja, é preciso levar em conta que a soma das riquezas produzidas, entre nós, durante um ano (PIB) não é superior a seiscentos bilhões de dólares ou a um trilhão e meio de reais. A economia brasileira é, efetivamente, considerável. Todavia, quando dividido o produto interno bruto pela população, concluímos que a renda *per capita* brasileira é pequena (pouco mais de três mil dólares ano). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá,

dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível. Lamentavelmente, o que tem ocorrido na trágica experiência orçamentária brasileira é que o poder público muitas vezes se vê autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários, praticamente nulificando as rubricas sociais (moradia, esgotamento sanitário etc.). Por isso é imperiosa a luta por um rígido controle da execução orçamentária, exigindo-se que a lei orçamentária, experimentadas condições de normalidade, seja cumprida tal como aprovada pelo Congresso Nacional. Daí a necessidade de compreender-se a peça orçamentária como lei que vincula, razão pela qual não pode ser tida como mero ato legislativo autorizativo. Se a lei impõe um programa (orçamento-programa), o cumprimento do programa deve ser controlado. Está-se com isso a defender a necessidade de redefinição da natureza do orçamento. É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil, consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente). Tais políticas, como se está a sustentar, podem ser inclusive exigidas judicialmente. Se não é, em princípio, possível reclamar, imediatamente, argumentando com a existência *definitiva* de posição jurídico-subjetiva positiva de vantagem, os direitos prestacionais ainda não regulamentados (moradia, por exemplo), quando não originários, é perfeitamente possível a propositura de ação judicial exigente de definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável, a imposição constitucional.

Se é certo que os prestacionais são direitos de eficácia progressiva, isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada. Certamente não. São direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima. Produzem, antes de tudo, uma eficácia negativa. Por isso, constituem parâmetro de constitucionalidade, invalidando atos, inclusive normativos, posteriores e anteriores à Constituição (por inconstitucionalidade ou por revogação), quando contrastantes. Cuida-se, aqui, do campo da dimensão objetiva. Do ponto de vista subjetivo, são capazes de criar situações jurídicas subjetivas negativas de vantagem. O mais importante, porém, é verificar a eficácia positiva decorrente da disposição constitucional. Ingressemos no campo da dimensão subjetiva. Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas, igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao *mínimo existencial* (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações

do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o *mínimo existencial* implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que, para a observância desse mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder à ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão.

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do *mínimo existencial* como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos. Ora, para a tutela do mínimo existencial, decorrência da eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, qualquer meio processual adequado, de acordo com as leis processuais, poderá ser manejado. Não há, aqui, necessidade do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O que importa é o magistrado agir com determinação e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (*reserva do possível*) mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (*vedação do retrocesso social*). No que se refere à *reserva do possível*, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui não se trata, para o Estado, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir ainda com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Nos últimos anos, o Estado brasileiro converteu-se num aparelho de expropriação de recursos da sociedade para direcioná-los a poucos, especialmente ao mercado financeiro (em particular os detentores de títulos da dívida pública). O Estado brasileiro, antes de

apresentar-se como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, porta-se como um aparelho desviante que, ao invés de distribuir, vai autorizando a concentração de riquezas. Uma simples operação aritmética é suficiente para demonstrar que os gastos do país com educação, saúde e habitação (em síntese, com os direitos sociais) correspondem a um montante muito inferior ao despendido, por ano, apenas com o serviço da dívida pública. Não se está a afirmar que a dívida pública não deva ser honrada. Afirma-se, apenas, que é imperiosa a adoção de um modelo econômico diferente, que adote como prioridade não os interesses do mercado financeiro, mas antes a realização dos direitos fundamentais. Um modelo de desenvolvimento inclusivo, democrático, em tudo distinto do modelo econômico excludente e concentrador que, praticado nos últimos anos, afasta cada vez mais o país das promessas constitucionais.

O retrocesso social, igualmente, não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira. Por isso, uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas, não poderá ser simplesmente revogada por outra lei (mesmo que de idêntica ou superior hierarquia). É certo que, do ponto de vista da teoria do direito, as leis podem ser revogadas por outras residentes em idêntica ou superior posição hierárquica. Entretanto, quando há direito fundamental em jogo, especialmente direito social, há necessidade de certa dose de cautela. Por isso, seria inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma lei que pretendesse simplesmente revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem colocar nada no lugar.

É tempo de concluir. Há um papel a ser desempenhado pelo Judiciário maior do que o vislumbrado pelos adeptos da *doutrina constitucional da razão de Estado*. Papel sempre realçado pelos operadores jurídicos comprometidos com a construção de uma *dogmática constitucional emancipatória*. No universo dos direitos sociais, é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular. O Ministério Público, nesse sítio, tem um papel extremamente relevante a cumprir. Por outro lado, é indispensável a revisão do papel do Judiciário, especialmente com a superação da idéia de que o controle das omissões inconstitucionais só pode se dar por meio do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão. É necessário, por fim, aceitar um compromisso sincero com os direitos fundamentais sociais. Só assim teremos as ações necessárias para transformar os direitos em linguagem cotidiana integrante da realidade de nosso país.

BIOÉTICA E JUSTIÇA¹

*Nilson Naves**

A bioética deve ser vista pelo jurista à luz de princípios constitucionais e preceitos ordinários. No caso do Brasil, por exemplo, princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos direitos humanos, da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e da saúde constituem direito de todos e dever do Estado. Também se tornou importante, em face dos aspectos econômicos das investigações científicas, a disposição segundo a qual incumbe ao poder público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético.

Impõe-se entender, desde logo, que conceitos atinentes à dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade de seus direitos nos fazem adentrar o campo da ética, em cujo domínio a obra seminal de Beauchamp e Childress pautou o desenvolvimento da bioética a partir de quatro princípios: à luz da deontologia, os princípios da não-maleficência e da justiça; à luz da teleologia, os princípios da beneficência e da autonomia.

Nessa moldura, é válido ressaltar que a aceitação de princípios de cunho deontológico, entretanto, já nos apresenta uma primeira dificuldade: a necessidade de tomar em consideração a diversidade moral das sociedades humanas, com a ressalva de que moral não se confunde com crença religiosa, pois mesmo o ateu e o agnóstico têm seu conceito de moral. Por isso, todos os pontos de vista devem ser tratados com igual respeito, tal como o que foi expresso no mês passado, em entrevista ao jornal britânico *The Guardian*, por Christopher Reeve, o ator americano vítima de acidente que o deixou quadriplégico.

Na entrevista, Reeve atribuiu a suspensão de financiamento oficial para pesquisas a respeito de células-tronco embrionárias à pressão de grupos religiosos sobre os círculos políticos norte-americanos, o que considerou “uma grave violação da separação entre Igreja e Estado”. Tal opinião, verdadeiro grito de angústia, não pode ser ignorada; não porque tenha partido de uma personalidade famosa, mas porque representa o anseio de muitas pessoas atingidas por enfermidades ainda incuráveis. Será ético privá-las de sua única esperança, que reside na pesquisa sobre células-tronco embrionárias?

A propósito, em 1995, demos um passo significativo ao editarmos a Lei de Biossegurança, de cujo projeto foi autor o então senador e hoje vice-presidente Marco Maciel. Em artigo publicado no último domingo, sob o título “Ciência e Consciência”, Sua Excelência reconhece, contudo, que esse diploma legal precisa de novas achegas e, certamente, de adequada atualização. Concordo plenamente, pois a atual legislação brasileira cerceia, em certa medida, as possibilidades de trabalho dos laboratórios e dos pesquisadores nacionais, ao passo que a pesquisa continua, sem entraves e com muito mais recursos financeiros, em vários países industrializados. A meu juízo, esse é um assunto que o Brasil

¹ Palavras proferidas na abertura do Sexto Congresso Mundial de Bioética, Brasília, 30 de outubro de 2002.

* O Ministro Nilson Naves é Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal.

deveria reexaminar, por dois motivos: o primeiro refere-se ao fato de que os progressos de caráter benéfico realizados em outros países não desaparecerão; ao contrário, serão incorporados ao conhecimento humano e poderão servir de base para novos avanços; o segundo motivo tem a ver, como assinalou Tereza Rodrigues Vieira, com a impossibilidade de se determinarem, *a priori* e com absoluta garantia de acerto, os limites que a ciência deve observar.

Permitam-me realçar como exemplo o governo dos Estados Unidos, que se tem declarado contrário à clonagem terapêutica, mas continua a permitir pesquisas na área, embora – como já disse – esses estudos não possam dispor de recursos financeiros federais. As investigações científicas prosseguem, no entanto, sem qualquer barreira legal e, certamente, irão beneficiar os interesses comerciais daquele país. Isso demonstra a necessidade de o legislador brasileiro e a comunidade internacional não se precipitarem num sentido demasiadamente restritivo.

Ao que julgo, os estudos que este Congresso vai desenvolver são de interesse universal e devem incluir em seu escopo o perigo com que nos defrontamos em face da pressa que tem o “mercado” de passar da pesquisa – ainda quando incompleta – ao comércio, a fim de auferir os lucros que este pode proporcionar. Conforme disseram Volnei Garrafa e Dora Porto no texto elaborado para servir de subsídio às discussões prévias a este Congresso,

“a crença da lógica capitalista de que os fins justificam os meios legitimou a apropriação de recursos naturais e humanos dos países periféricos, acentuando a desigualdade e minando as possibilidades do surgimento de estratégias políticas e econômicas autóctones”.

Considerando tanto o nível de desenvolvimento do Brasil como o fato de que o país é proprietário de imensa diversidade biológica – cobiçada e já explorada por empresas de países industrializados –, é da maior importância examinar, em profundidade, as conseqüências econômicas derivadas da concentração da pesquisa em poucas empresas de uns poucos países ricos, a aceitação do princípio de que as pesquisas devem ser de utilidade pública e a biopirataria, problema tanto ético como econômico.

Com lastro nesse entendimento, é de se reconhecer que a maior preocupação do Brasil – e deveria ser também a de todos os governos – é a preservação do meio ambiente para as gerações futuras, tal como inscrito em nossa Constituição. A geração hodierna não pode permitir, por ganância, inércia ou temor reverencial à ciência, que nosso planeta seja tratado como um grande tubo de ensaio, pois nele os erros não ficam confinados ao laboratório. Olhemos para o passado recente, para alguns dos erros cometidos na crença de que a ciência tudo podia e dela nada havia a temer: abuso dos raios X, emprego de amianto na construção civil, talidomida, lixo atômico, Chernobil...

Entendam, Senhores, que não estou sendo pessimista nem desejo tirar à pesquisa científica seu inegável valor, pois, como disse antes, sou favorável a que se reexaminem os limites impostos ao investigador brasileiro. Minha preocupação é com os efeitos de uma

corrida desenfreada rumo a um destino desconhecido e seus reflexos sobre o trabalho da Justiça. Alguns aspectos nos quais os tribunais serão chamados a intervir com maior frequência no futuro próximo referem-se a privacidade, direito a patentes, biodiversidade, proteção do meio ambiente, talvez – como já ocorre alhures – obrigações assumidas pelo comprador em contratos relacionados com vendas feitas por empresas produtoras de sementes geneticamente modificadas.

Certo é que a rápida evolução científica trará aos tribunais feitos em número crescente. O Judiciário não pode funcionar num vazio jurídico, e o vácuo aumentará à medida que a ciência evoluir aceleradamente, porque a feitura da lei é, por necessidade, fruto de longa reflexão. O Judiciário haverá de guiar-se, sempre, por normas legais e, não as tendo, haverá de se socorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, levando em conta, sempre, as exigências do bem comum e o papel criador da jurisprudência. Contudo, atuará com orientação mais firme, menos sujeita a disputas, se dispuser formal e materialmente de normas diretas e claras, que se nortearão pelas decisões emanadas de um diálogo multidisciplinar e acordadas – oxalá! – por todos os interessados.

Importante frisar que tais decisões não podem ser deixadas a cargo de apenas um ou de uns poucos grupos interessados; certamente não podem ser deixadas somente aos industriais, ou aos países ricos, ou à classe política; *sobretudo, não devem ser obra exclusiva das classes políticas desses países, que agem sob a influência de seus interesses mercantilistas.*

O ponto de partida dessa tarefa são as decisões tomadas pela Associação Internacional de Bioética e pela Sociedade Brasileira de Bioética. Faço votos, portanto, de êxito e sucesso nos trabalhos do Sexto Congresso Mundial de Bioética e agradeço a oportunidade de usar da palavra em nome do Superior Tribunal de Justiça.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CONTRAPARTIDA NA SEGURIDADE SOCIAL



*Resenha: André de Carvalho Ramos**

Autor: Uendel Domingues Ugatti

São Paulo: LTr, 2003

O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social, eis a nova obra publicada pela Editora LTr (2003), de autoria do Procurador da República e Professor Universitário Uendel Domingues Ugatti, a qual conferiu a este o merecido título de Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Com experiência no trato dos temas previdenciários desde o tempo de antigo Procurador do INSS, o autor explora, com didatismo e originalidade, o conteúdo normativo e as limitações do legislador ordinário em face do dispositivo constante do art. 195, § 5º, da Constituição, o qual se convencionou chamar de “princípio constitucional da contrapartida”.

De forma primorosa, analisa o conceito de seguridade social e seu desenho na Constituição de 1988; as diferenças entre os princípios e as regras como espécie do gênero norma; os princípios constitucionais, o custeio e a vinculação entre as receitas e as despesas da seguridade social na atual Constituição; o planejamento constitucional e a obrigatoriedade de elaboração de Planos de Custeio e de Prestações da seguridade social, seguindo critérios atuariais; bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o chamado “princípio constitucional da contrapartida”.

* André de Carvalho Ramos é Procurador da República e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Evita, assim, o autor, o engano de muitos, de segregar a interpretação das leis previdenciárias da exegese da Constituição Cidadã de 1988. Pelo contrário, o autor, ao palmilhar com segurança a tipologia das normas e regras, eleva a regra da contrapartida à categoria de princípio constitucional, procurando demonstrar que o constituinte traçou como premissa inafastável o dever de respeitar o planejamento constitucional da seguridade social para o exercício da atividade legiferante.

Para o autor, em razão do “princípio constitucional da contrapartida”, o legislador ordinário apenas deverá instituir ou estender prestação de seguridade social com a indicação da respectiva e específica fonte de custeio total, assim como tão-somente criar ou majorar fonte de custeio com a específica prestação a ser custeada, tendo em vista sempre os critérios do plano atuarial, sob pena de nulidade da respectiva espécie normativa, por absoluta ausência de fundamento de validade.

Com inafastável senso crítico, o autor sustenta que as Leis n. 8.212 (Plano de Custeio) e n. 8.213 (Prestações), até mesmo por absoluta inexistência de um serviço atuarial no poder público, não respeitaram o princípio constitucional da contrapartida.

Aliás, recorda o autor, há desrespeito histórico no Brasil ao princípio da contrapartida, com a instituição de prestações de seguridade social sem fontes de custeio e vice-versa, o que gerou a necessidade de consagração explícita, pela Emenda Constitucional n. 20/98, do dever do legislador ordinário de observar critérios atuariais na seguridade social, a fim de garantir o equilíbrio do sistema.

Em conclusão, o autor oferece precioso instrumental de análise da conduta do poder público, quer no plano do custeio, quer na fixação de benefícios.

De fato, há, para o autor, limitação do poder de tributar na seguridade social, estabelecido pelo plano atuarial. E também há limitação na fixação dos benefícios sem custeio. Ou seja, na feliz expressão do autor, é inconstitucional a existência de “*superávit* ou *déficit*” no sistema previdenciário pátrio, que não pode possuir “sobra de caixa” (além da reserva técnica), nem, por outro lado, gerar déficits.

Fruto de acurada pesquisa, a obra revela-se da mais alta importância para todos os operadores do Direito, principalmente num momento em que o tema da seguridade social está na ordem do dia.

FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL ASPECTOS JURÍDICOS, ADMINISTRATIVOS, CONTÁBEIS E TRIBUTÁRIOS



Resenha: Gladaniel Palmeira de Carvalho*

Autor: José Eduardo Sabo Paes

Brasília: Brasília Jurídica, 2003

A importância que atingiu o Terceiro Setor no atual contexto nacional é uma demonstração de que a sociedade brasileira acredita no relevante papel desempenhado pelas entidades sem fins lucrativos. As manifestações espontâneas que emergem no seio social, visando contribuir com pessoas desamparadas, servem como estímulo ao crescimento do voluntariado. Além disso, o próprio Estado passou a realizar parcerias com o Terceiro Setor objetivando oferecer soluções a problemas que são mais bem enfrentados pelas entidades sem fins lucrativos.

Sabo Paes pretende, com este livro, discutir temas que estão inseparavelmente ligados a todo o conjunto de organizações que integram o Terceiro Setor.

Inicialmente, verifica-se que o ilustre jurista, com clareza e simplicidade, expõe a origem das pessoas jurídicas, demonstrando a importância da união das pessoas para atingir um objetivo comum. Consolidada a idéia da pessoa jurídica, é fácil perceber o que são sociedades, associações, fundações, consórcios, sindicatos, sociedades cooperativas e serviços sociais autônomos. A definição de entidade de interesse social permite ao leitor ingressar em aspectos que precisam ser compreendidos, principalmente

* Gladaniel Palmeira de Carvalho é Promotor de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social do Distrito Federal e Especialista em Direitos Humanos pela UnB.

por todo dirigente de entidade do Terceiro Setor, como, por exemplo, a aquisição da personalidade jurídica, o registro das pessoas jurídicas, o estatuto, a dissolução e a própria remuneração dos dirigentes.

Sabo Paes conceitua o Terceiro Setor dizendo da sua importância e peculiaridades. Projeta a relevância do voluntariado, além de fazer um exame da Lei n. 9.608/98, que veio a disciplinar a matéria relativa ao serviço voluntário.

As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) merecem destaque no livro, inclusive sendo discutidos aspectos importantes, concernentes ao contrato de gestão, ao termo de parceria e aos certificados públicos, além da Lei n. 9.790/99.

Aos que pretendem instituir uma fundação de direito privado, o autor, que também exerce o magistério, orienta quanto ao modo de constituir essa pessoa jurídica, fazendo uma abordagem bem didática de quem pode ser fundador. O estatuto fundacional é analisado, ficando evidente a sua importância para todos os órgãos da instituição.

O exercício de atividades comerciais ou industriais pelas fundações é para o Terceiro Setor um tema controverso, na medida em que as organizações procuram atuar sob uma linha de conduta altruística. A intervenção das fundações no mercado, como forma de obtenção de recursos para viabilização de seus fins, é defendida pelo autor.

A preocupação de Sabo Paes com as fundações estende-se ao seu funcionamento interno, em que mostra conhecimentos de ordem contábil, com explicações detalhadas sobre contas, demonstrações financeiras, registro contábil, contabilidade por fundos, sem postergar o balanço social pelas entidades de interesse social.

A atuação do Ministério Público, no que concerne ao velamento das fundações e ao acompanhamento das entidades de interesse social, transmite ao leitor uma visão do que é a instituição ministerial, com interessante abordagem histórica até atingir o reconhecimento do legislador constituinte pátrio de 1988.

O novo Código Civil já merece tratamento neste livro, com destaque para o manifesto equívoco do legislador em conferir ao Ministério Público Federal o velamento das fundações situadas no Distrito Federal ou em Territórios, o que significa flagrante violação à Carta Magna. A questão é enfrentada pelo autor, sendo ressaltado o já consolidado trabalho de velamento que realiza o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

O Direito Tributário, aplicado ao Terceiro Setor, é outro tema presente na obra, não olvidando o autor de examinar os institutos da imunidade e da isenção, com abordagem de várias questões que interessam às fundações e às entidades de interesse social.

A captação de recursos é assunto que atormenta os dirigentes do Terceiro Setor, ante as dificuldades em convencer doadores, uma vez que é comum não existir uma percepção clara do trabalho desenvolvido pelas diversas organizações sem fins lucrativos. Resta plasmada na obra a possibilidade de as entidades obterem apoios, patrocínios, auxílios, subvenções, numa relação que envolve tanto o Estado como o Segundo Setor.

Os títulos de utilidade pública para o Terceiro Setor representam o reconhecimento pelo Primeiro Setor, o Estado, de que as entidades sem fins lucrativos efetivamente servem à sociedade. Para Sabo Paes, somente com a Constituição de 1934 passou a existir uma

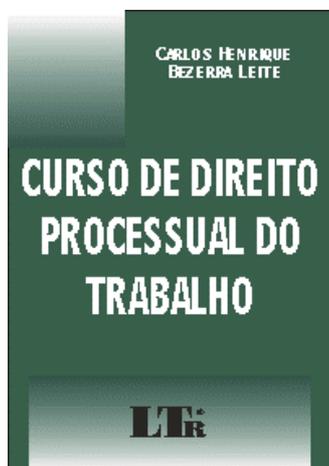
preocupação do Estado em intervir na questão social. A Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935, inaugurou uma nova fase para as entidades sem fins lucrativos, na medida em que permitiu a concessão do título de utilidade pública, ante o atendimento de certos requisitos.

Na atualidade, o título de utilidade pública é também concedido pelo Distrito Federal, pelos Estados-Membros e pelos Municípios, ficando evidente a sua importância para as entidades do Terceiro Setor.

Este livro é extremamente útil ao Terceiro Setor. A forma como tantos temas são abordados, todos de interesse das entidades sem fins lucrativos, revela a complexidade de um setor em amplo crescimento no Brasil.

O livro é uma pesquisa profunda, acessível a estudantes, dirigentes, voluntários, juristas e contadores, sendo obrigatório nas bibliotecas deste gigante país. É uma obra para aprender e aplicar os ensinamentos num mundo às vezes desconhecido, que se chama solidariedade.

LANÇAMENTOS DE LIVROS DE INTEGRANTES DO MPU



CURSO DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

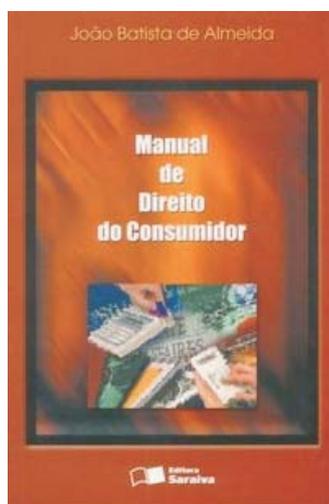
Editora LTr – jul. 2003 – 856 p. (ISBN: 8536104287)

Carlos Henrique Bezerra Leite – Procurador Regional do Trabalho (MPT)

Trata-se de um Curso completo e atualizado de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência especializadas que, pela clareza e rigor científico com que o autor discorre sobre a temática pertinente, serve de livro-texto para a disciplina Direito Processual do Trabalho, oferecida pelas principais Faculdades de Direito de nosso país, principalmente pelo fato de encontrar-se em perfeita sintonia com o conteúdo programático dos respectivos currículos.

A obra pode ser utilizada, ainda, como livro de referência e consulta para todos os profissionais da área trabalhista, inclusive os candidatos ao Exame de Ordem da OAB.

Além disso, a obra atende integralmente aos atuais programas dos concursos públicos para os cargos de Juiz e Procurador do Trabalho.



MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Editora Saraiva – 2003 – 214 p. (ISBN 8502043625)

João Batista de Almeida – Subprocurador-Geral da República

Este manual é fruto do desafio, vencido pelo autor, de condensar todo o estudo do direito do consumidor de maneira prática, dinâmica, sistematizada e completa, sem ser simplista. A obra analisa a proteção das relações de consumo no Brasil, trazendo os antecedentes históricos, os objetivos e princípios da política nacional das relações de consumo, entre outros aspectos; os conceitos de consumidor e de fornecedor, com os direitos básicos do consumidor e também com os vários campos de abrangência da tutela; a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato ou vício do produto ou do serviço, as práticas comerciais (oferta, publicidade e práticas abusivas) e a proteção contratual; a tutela administrativa, examinando o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Procons, entidades civis e Ministério Público), as sanções administrativas e o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; a tutela penal, tratando das condutas típicas e dos Juizados Especiais Criminais e, por fim, a tutela jurisdicional individual e coletiva. Por tudo isso, o *Manual de direito do consumidor* é instrumento indispensável para estudantes e profissionais que busquem um panorama completo do direito consumerista brasileiro.

