

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
MARIA ESTER HENRIQUES TAVARES

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: DANIELA RIBEIRO MENDES – Procuradora do Trabalho
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES –
Procuradora 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: WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG – Procurador da República (Ministério Público Federal) – *e-mail:* <wrothenburg@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 III - NÚMERO 11 – ABRIL/JUNHO DE 2004

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* 2004. **Todos os direitos autorais reservados.**

Supervisão Editorial:

Cecilia S. Fujita dos Reis

Setor de Editoração:

Adriene Rejane Sousa

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 III, n. 11, abr./jun., 2004

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

APRESENTAÇÃO

Em dezembro de 2001, a *Escola Superior do Ministério Público da União* lançou o primeiro número do **Boletim Científico**, definindo-o como uma publicação de periodicidade trimestral, destinada a congregar artigos de membros, servidores e colaboradores e a divulgar o lançamento de obras de integrantes do MPU, resenhas de livros, dissertações e teses acadêmicas.

Hoje, chegamos ao seu décimo primeiro número. Cumprindo os propósitos iniciais, mostrou-se o **Boletim** um espaço plural e democrático, compromissado com a qualidade dos trabalhos publicados e, mantendo a regularidade prevista, tornou-se uma fonte valiosa de pesquisa, pela excelência e pela riqueza dos temas trazidos ao debate e à reflexão dos leitores.

O êxito do **Boletim Científico** deve-se ao entusiasmo de seu Conselho Editorial, por intermédio de seu Coordenador, o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Péricles Aurélio Lima de Queiroz, e de seus membros, André de Carvalho Ramos e, mais recentemente, Walter Claudius Rothenburg, Procuradores da República; Gustavo Ernani Cavalcanti Dantas, Procurador Regional do Trabalho, e Roberto Carlos Batista, Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O lançamento deste décimo primeiro número coincide com o final de meus quatro anos de mandato na Direção da ESMPU. Por isso, desejo agradecer aos integrantes do Conselho Editorial, às servidoras Cecília S. Fujita dos Reis e Sandra Maria Gauche e a todos os colegas que colaboraram com o **Boletim Científico**, desde o seu primeiro número, enviando artigos e sugestões. Agradeço também aos muitos colaboradores, que emprestaram seu talento ao nosso periódico, fazendo com que se destacasse em meio a outras publicações jurídicas.

Acredito que soubemos interpretar e manter aceso o ideal que gerou a criação e a instalação da Escola, como instrumento de integração entre os quatro ramos do MPU, destinado à iniciação e ao aperfeiçoamento contínuo de seus membros e servidores, ao desenvolvimento de projetos e programas de pesquisa na área jurídica e ao reconhecimento e valorização do Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Neste número, Gerald E. Caiden e Daisy de Asper y Valdés realizam excelente estudo sobre a ética no serviço público. No plano dos direitos da cidadania, Ryanna Pala Veras e Sergio Gardenghi Suiama abordam, com talento e lucidez, o racismo à luz do STF e a questão da identidade e das diferenças. A legitimidade investigativa do Ministério Público, a imputação objetiva no direito penal brasileiro e os fundamentos jurídicos da tutela penal do meio ambiente destacam-se na área penal e processual penal, em cuidadosos artigos, assinados por Marcela de Jesus Boldori Fernandes, Arthur de Brito Gueiros Sousa e Michelle Taveira Telles. A concentração da jurisdição constitucional na reforma do Judiciário é examinada, como tema de indiscutível interesse, por Sebastião Vieira Caixeta.

Na parte destinada à doutrina internacional, os professores Gérard Monedinaire e Bernard Drobenko abordam dois importantes assuntos afetos ao direito ambiental: a participação popular na elaboração das políticas públicas e a água e a gestão descentralizada. Um artigo da professora Angela Figueruelo trata, com propriedade, da proteção ao consumidor, enquanto o professor Wilfredo Sanguinetti Raymond aborda a questão dos sindicatos e da liberdade sindical na Espanha, ao longo de duas décadas de vigência constitucional.

Boa leitura a todos.

Sandra Cureau

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

COLABORADORES

Angela Figueruelo – Professora de Direito Constitucional da Universidade de Salamanca, Espanha.

Arthur de Brito Gueiros Sousa – Procurador Regional da República, Professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorando em Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP).

Bernard Drobenko – Professor de Direito Público da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges – França.

Daisy de Asper y Valdés – Mestre em Direito Público (UnB), Mestre em Administração Pública (USC), Doutora em Administração Pública (PhD, USC). Subprocuradora-Geral da República (aposentada). Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Público do ICAT/AEUDF/Bsb/DF. Professora de Direito Administrativo da UPIS (Brasília, DF).

Gerald E. Caiden – Doutor pela London School of Economics and Political Science e Professor Titular de Administração Pública (USC/Califórnia). Consultor e Pesquisador da ONU e do Banco Mundial. É autor de mais de cinco dezenas de livros e monografias na área de Administração Pública e Ciência Política.

Gérard Monedaire – Professor de Direito Público da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges, França. Diretor-Adjunto do Centro de Pesquisas Interdisciplinares de Direito Ambiental, Desenvolvimento e Urbanismo.

Marcela de Jesus Boldori Fernandes – Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Maria, RS. Ex-estagiária da Procuradoria da República no Município de Santa Maria/RS.

Michelle Taveira Telles – Advogada no Rio de Janeiro/RJ.

Ryanna Pala Veras – Procuradora da República; Delegada do Núcleo Regional da ESMPU na PRM Santo André. Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Sebastião Vieira Caixeta – Procurador do Trabalho da PRT/10ª Região. Professor de Direito Processual do Trabalho na União Educacional do Planalto Central (Uniplac) e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Sergio Gardenghi Suiama – Procurador da República em São Paulo.

Wilfredo Sanguineti Raymond – Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Salamanca, Espanha.

SUMÁRIO

Editorial

Péricles Aurélio Lima de Queiroz 9

Artigos

Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro
Arthur de Brito Gueiros Sousa 11

Tendências atuais na ética do serviço público
Gerald E. Caiden e Daisy de Asper y Valdés 27

A legitimidade investigativa do Ministério Público e a importância de sua investigação no combate do crime organizado
Marcela de Jesus Boldori Fernandes 43

Dos fundamentos jurídicos da tutela penal do meio ambiente
Michelle Taveira Telles 65

O racismo à luz do STF
Ryanna Pala Veras 89

A concentração da jurisdição constitucional na reforma do Judiciário
Sebastião Vieira Caixeta 105

Identities, diferenças
Sergio Gardenghi Suiama 131

Doutrina Internacional

Reflexiones sobre la defensa de los consumidores y usuarios en la Constitución Española de 1978
Angela Figueruelo 141

A água e a gestão descentralizada
Bernard Drobenko 161

Participation du public à l'élaboration des politiques publiques environnementales d'Aarhus a Bruxelles	
<i>Gérard Monedaire</i>	173
Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigencia constitucional	
<i>Wilfredo Sanguineti Raymond</i>	187
Índice dos artigos publicados nos volumes anteriores	205

EDITORIAL

*Péricles Aurélio L. de Queiroz**

Ao encerrar-se o mandato conferido aos integrantes do *Conselho Editorial*, temos a honra e a satisfação de publicar a edição número 11 do **Boletim Científico**, rigorosamente de acordo com o calendário previsto.

Cumprimos as metas fixadas na primeira reunião, em maio de 2001, presidida pelo então Coordenador *Roberto Carlos Batista*, Promotor de Justiça do Distrito Federal. Concretizamos o objetivo acadêmico de oferecer uma publicação compromissada com temas atuais, democratizando a exposição de idéias e a difusão de teses, e revelando artigos produzidos por pensadores do Direito.

Os lançamentos de onze edições do **Boletim Científico** e uma da série **Grandes Eventos** foram cuidadosamente preparados ao longo de vinte e duas reuniões dos Conselheiros. Esse trabalho resultou na distribuição de mais de 30 mil exemplares e, aproximadamente, 4 mil páginas de textos selecionados.

Se algum êxito pode ser reconhecido, certamente decorre da dedicação e do interesse dos ramos ministeriais – parceiros constantes e aplicados – e do enorme apoio que nos foi concedido pela Diretora-Geral, pelos componentes do Conselho Administrativo e pelos servidores da Secretaria da Escola.

Todos eles, incrivelmente motivados para o empreendimento que realizam, depositaram no *Conselho Editorial* a mais firme confiança, ofereceram-nos os mais sinceros estímulos para avançar e proporcionaram-nos meios para que levássemos a bom termo os encargos editoriais.

* Péricles Aurélio Lima de Queiroz é Subprocurador-Geral da Justiça Militar e Coordenador do Conselho Editorial da Escola Superior do Ministério Público da União.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

*Arthur de Brito Gueiros Sousa**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva. 3 As vantagens e desvantagens da imputação objetiva. 4 A aplicação da teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. 5 Conclusão.

1 Introdução¹

A teoria da imputação objetiva domina o debate da dogmática jurídico-penal, não só na Alemanha, mas, também, em diversos outros países, dentro e fora do continente europeu. De maneira semelhante ao que aconteceu com a teoria causal-naturalista, no início do século passado, e com a teoria finalista da ação, após a segunda metade do século XX, a teoria da imputação objetiva ocupa hoje o centro das atenções dos estudos efetuados nos principais centros de pesquisa e ensino do direito penal. Ela é o “carro-chefe” dos autores que professam as teorias funcionalistas e, ao mesmo tempo, o “alvo predileto” das críticas daqueles que defendem o finalismo e outras correntes jurídico-penais.

Ocorre, contudo, que, diferentemente do verificado ao tempo do predomínio das teorias causalistas e finalistas, respectivamente, em que se sabia quais eram as premissas ideológicas que as sustentavam, dentro do marco de um *a priori* positivista, neokantiano ou ontológico, o estudo da imputação objetiva não se apresenta aprioristicamente claro, mas cambiante segundo as circunstâncias fáticas. Na verdade, como ponderado por Bernd Schünemann, a categoria da imputação objetiva tem abarcado âmbitos de aplicação cada vez mais diversos, como um “polvo gigante com inúmeros tentáculos”².

Essa polissêmica manifestação de idéias, no contexto de um normativismo crescente não só do tipo objetivo mas de todos os elementos da teoria do delito, tem sido, talvez, o fator responsável pela *força* e pela *fraqueza* da teoria da imputação objetiva.

Pela força, em razão das características do mundo pós-industrial, em que não há mais certezas previamente dadas pela natureza, pela religião ou pela lei, e tampouco uma divisão social em camadas ou estratos claramente definidos. Isso para não falar na própria noção de bem jurídico metaindividual, difuso, próprio de uma *sociedade do risco*, na qual não se pode averiguar a incidência da tipicidade objetiva sem uma análise valorativa

* Arthur de Brito Gueiros Sousa é Procurador Regional da República, Professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorando em Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP).

¹ Trata-se, com algumas modificações, do trabalho originariamente apresentado ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP, como um dos requisitos necessários à conclusão do curso Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro, ministrado pelo Professor Doutor Antonio Luis Chaves Camargo, em dezembro de 2003.

² Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: ———. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Tradução esp. de Mariana Sacher. Madrid: Tecnos, 2002. p. 70.

ad hoc sobre a existência de uma ameaça intolerável para as gerações presentes e futuras. Para essa nova realidade, altamente perigosa, complexa, globalizada e, paradoxalmente, fechada em microsistemas sociais, faz-se necessária uma aproximação do direito penal que só poderia ser empreendida por meio dos postulados da imputação objetiva³.

A fraqueza decorreria não de seus postulados dogmáticos, mas da dificuldade da sua penetração e aceitação em culturas jurídicas influenciadas pelo *tecnicismo jurídico-penal*, tanto na doutrina como na jurisprudência. Assim, a maleabilidade lingüística do método da imputação objetiva – que é justamente seu aspecto mais positivo – pode ser utilizada de forma negativa, passando a ser considerada, no contexto de um superficial “modismo” vindo da Alemanha, como um novo *a priori*.

Nesse sentido, tenciona-se no presente texto analisar o estágio atual da teoria da imputação objetiva, com propósito de verificar se ela pode ou não ser aplicada ao direito penal brasileiro, modificando as práticas jurídicas vigentes. Para tanto, faz-se necessário abordar, brevemente, a trajetória dessa teoria, desde seu surgimento até o presente momento, uma empreitada a ser feita no tópico seguinte.

2 Desenvolvimento da teoria da imputação objetiva

A moderna teoria da imputação objetiva corresponde a uma tradição da cultura alemã que remonta a Pufendorf e a Hegel. Desse modo, a origem da teoria retroage, segundo Schünemann, à chamada teoria da imputação do filósofo do direito natural Samuel Pufendorf, pois a palavra alemã “*Zurechnung*” é, na realidade, somente a tradução da palavra latina “*imputatio*”. No entanto, como antecessora da atual teoria da imputação objetiva figura a filosofia do direito de Hegel. O objetivo do conceito de ação iniciada em Hegel e desenvolvida pela escola hegeliana do século XIX era imputar ao sujeito, da multiplicidade de cursos causais, só aqueles que pudessem ser considerados como obra sua, quer dizer, como a conformação do mundo por meio do sujeito⁴.

No final daquele século, em razão do sucesso alcançado pelas correntes causalistas que, no direito penal, tiveram em von Liszt e Beling seus maiores expoentes, os fundamentos teóricos da imputação ficaram em segundo plano⁵. Na ocasião, a preocupação doutrinária

³ Conforme expresso por Antonio Luis Chaves Camargo, *verbis*: “O direito penal clássico que tinha como característica a possibilidade de um controle rígido, pelo menos aparente, através da descrição típica fechada, não encontra mais ressonância na sociedade atual, de forma que não pode mais se privilegiar da punição indiscriminada de todas as ações que considerar desconforme com a lei. *A complexidade exige que, nos riscos que lhe são inerentes, o direito penal encontre um instrumento capaz de selecionar estes riscos, tidos como conseqüências do agir comunicativo, e aceitos pelo grupo social, sem a imposição de qualquer reprovação ‘a priori’*. O instrumento mais adequado, no momento, é a imputação objetiva” (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 139) [grifou-se].

⁴ Cf. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 72.

⁵ Cf. Santiago Mir Puig, *verbis*: “Tras haber ocupado un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, y en los penalistas hegelianos del siglo XIX, dicho término (imputación) cayó en desuso en Alemania en las dos últimas décadas del mismo siglo a consecuencia del naturalismo positivista, que se extendió en la doctrina alemana a través, sobre todo, de la influencia del Tratado de von Liszt” (MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. In: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*: homenaje al profesor Claus Roxin. Córdoba: La Lectura, 2001. p. 61-62).

centrava-se na aferição da relação de causalidade existente entre o movimento corporal voluntário e o resultado, i.e., a alteração no mundo exterior consistente na lesão ou ameaça ao bem jurídico. Em suma, vivia-se o predomínio da regra da *conditio sine qua non* na questão da responsabilidade penal, considerada como a espinha dorsal do delito⁶.

Releva salientar, no particular, que a relação de causalidade foi um conceito modernamente tomado das ciências naturais – considerando a influência operada, por esta última, nas ciências sociais⁷ –, mas que, não obstante, possuiria raízes filosóficas muito mais profundas, intimamente relacionadas com a norma penal retributiva, vale dizer, como a própria noção de imputação⁸.

Desse modo, a teoria da condição, ideada pelo jurista Julius Glaser e adotada pelo magistrado do Tribunal Supremo do Reich von Buri, entende que é causa de um resultado toda condição da qual dependeu sua produção, independentemente de sua maior ou menor proximidade ou grau de importância. Visto que toda condição do resultado é igualmente causa dele, fala-se de *equivalência das condições*. A questão de saber quando uma conduta funciona como causa do resultado se resolve com a ajuda de uma fórmula de caráter hipotético: a fórmula da *conditio sine qua non*. Segundo ela, considera-se que uma conduta condicionou causalmente um resultado quando, suprimindo-a mentalmente – quer dizer, imaginando a hipótese de ela não ter ocorrido –, desaparece também o resultado⁹.

⁶ Conforme as palavras do próprio von Liszt: “Comissão é a causação do resultado por um acto de vontade. Este apresenta-se como movimento corporeo voluntario, isto é, como tensão (contração) dos musculos, determinada, não por coacção mechanica ou psycho-physica, mas por idéas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos motores. O movimento corporeo e o resultado constituem pois os dois elementos igualmente importantes da idéa de acção como comissão. [...] Consequentemente o resultado deve ser produzido (ou causado) pelo movimento corporeo; este e aquelle devem estar entre si, como ordinariamente se diz, na relação de causa e effeito, em *connexão causal*. Dá-se *connexão causal* entre o movimento corporeo e o resultado, *quando não se pôde suppor suprimido o movimento corporeo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado occorrido* (isto é, do modo por que de facto ocorreu). Si o nexo entre o movimento corporeo e o resultado é assim necessario, dizemos que o movimento corporeo é a causa do resultado, que este é effeito daquelle, isto é applicamos á relação do movimento corporeo e do resultado a categoria da causalidade (como uma forma do nosso entendimento)” (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. t. 1, p. 198-201) [grifos e grafia do original].

⁷ Segundo a lição de Marilena Chauí, a “formulação do determinismo como princípio universal e como uma doutrina sobre a Natureza foi feita, pela primeira vez, pelo astrônomo e físico Laplace, que escreveu: ‘Devemos considerar o estado presente do Universo como efeito de seu estado passado e como causa daquilo que virá a seguir. Uma inteligência que, num único instante, pudesse conhecer todas as forças existentes na Natureza e as posições de todos os seres que nela existem poderia apresentar numa única fórmula uma lei que englobaria todos os movimentos do Universo, desde os maiores até os mínimos e invisíveis. Para ela, nada seria incerto e, aos seus olhos, o passado, o futuro e o presente seriam um único e só tempo’” (CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002. p. 264).

⁸ Nesse sentido, Kelsen afirmou: “É mais que provável que a lei da causalidade tenha surgido da norma da retribuição. É o resultado de uma transformação do princípio da imputação. [...] Este processo de transformação começou na filosofia natural dos antigos gregos. É altamente significativo que a palavra grega para causa, *αἰτία*, originalmente significasse o mesmo que culpa: *a causa é a culpa do efeito*, a causa é responsável pelo efeito e o efeito é imputado à causa da mesma forma que a pena o é ao ato ilícito. Uma das primeiras formulações da lei causal é o célebre fragmento de Heráclito: ‘Se o Sol não se mantiver no caminho prescrito (preestabelecido), as Erinias, acólitas da Justiça, corrija-lo-ão’. Aqui a lei natural aparece ainda como lei jurídica: o Sol não deixa o caminho que lhe foi prefixado, pois, se o fizesse, os órgãos do Direito interviriam (procederiam) contra ele” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 95).

⁹ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002. p. 236.

O regresso ilimitado do nexos de causalidade – vale dizer, o grande defeito daquela teoria – foi objeto de estudos no sentido da sua limitação, muito embora sem grande sucesso, considerando a mecânica do conceito do crime ao tempo do positivismo¹⁰.

Somente por ocasião do avanço do neokantismo no direito penal reconheceu-se que o *regressus ad infinitum* poderia ser restringido já no tipo objetivo. O primeiro esforço de limitação proveio da *teoria da adequação*, fundada por von Kries e desenvolvida posteriormente por Traeger. Objetivou-se, com essa teoria, eliminar os cursos causais improváveis, que se conectavam ao agente em razão do liame causal, por meio de um critério eminentemente normativo¹¹.

Nesse sentido, causa adequada vem a ser a causa provável de um resultado, avaliada segundo um marco objetivo, denominado *prognose posterior objetiva*. Significa dizer, de acordo com esse critério, que a questão da possibilidade do resultado deve ser vista a partir de um observador objetivo posterior, tendo em conta, porém, todas as condições anteriores, já subsistentes na época do fato, que eram do conhecimento do agente ou que lhes eram previsíveis¹².

Por outro lado, com o avanço da tecnologia nas ciências naturais, especialmente da física quântica, para as partículas subatômicas, e da relatividade, para o movimento na velocidade da luz, desfez-se a idéia de causa como lei universal, tendo sido substituída, preferencialmente, pela idéia de probabilidade, isto é, pelo *princípio da indeterminação*¹³. O progresso da ciência, no geral, e da física, no particular, fez com que se tornassem inúteis as discussões sobre o fundamento, alcance e limite do princípio da causalidade.

¹⁰ Conforme pontuado por Jescheck: “La teoría de la condición, en cuanto basada en las leyes empíricas naturales, desemboca teóricamente en el infinito: desde esta perspectiva, también los padres y abuelos del asesino han causado la muerte del asesinado. Así se explican los intentos de seleccionar con criterios de validez general, de entre el cúmulo de condiciones que contribuyen a la producción del resultado conforme al concepto causal, las causas jurídicamente importantes. En esa línea, la misión del concepto causal se reduce sólo a designar da *totalidad* de los hechos que de *alguna manera* tienen interés para la valoración jurídica, mientras que la responsabilidad jurídico-penal no se determina sino dentro de éste marco lo más amplio posible” (JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 256).

¹¹ Von Liszt atacou a *teoria da adequação*, afirmando, na ocasião, *verbis*: “O que, no caso concreto, serve de critério é a forma real, embora insolita, do curso dos acontecimentos. Em contrario J. v. Kries, segundo o qual o movimento corporeo deve em geral ser apropriado a produzir o resultado que se produziu – *causação adequada* em oposição à *causação eventual*. Semelhantemente Merkel, 99: ‘o direito penal só tem em consideração as relações condicionaes, a que a experiencia permite dar uma importancia geral’. A opinião dos nossos adversarios é completamente arbitraria, e repousa (especialmente a de Merkel) sobre a confusão [...] de *causação* e *culpabilidade*. A *causação adequada* só se faz necessaria, quando se imputa o resultado que não é devido á culpa” (LISZT, op. cit., p. 205-206) [grifos e grafia do original].

¹² Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 222.

¹³ Conforme escrito por Heisenberg, em 1930: “Nossa descrição habitual da natureza e, particularmente, o pensamento de uma causalidade rigorosa nos eventos da natureza repousam na admissão de que é possível observar o fenômeno sem influenciá-lo de modo sensível. [...] Na física atômica, porém, toda observação geralmente está ligada a uma perturbação finita e, até certo ponto, incontrollável, o que era de esperar desde o princípio na física das menores unidades existentes. Como toda descrição espaço-temporal de um evento físico está ligada a uma observação do evento, segue-se que a descrição espaço-temporal de eventos, por um lado, e a lei causal clássica, por outro, representam dois aspectos complementares, mutuamente excludentes, dos acontecimentos” (apud ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130).

Conseqüentemente, esse princípio mergulhou em profunda crise, tendo sido praticamente abandonado no âmbito da ciência natural¹⁴.

Essa “crise científica” da relação de causalidade não tardou a ser sentida na dogmática penal. Assim, na década de 1930, foram retomados os estudos científicos da *imputatio* – tanto no direito civil, por intermédio Karl Larenz, um autor de orientação neohegeliana, como no direito penal, pelo neokantiano Richard Honig, no famoso livro em homenagem a Frank. Nessa obra, Honig recorreu à perseguibilidade objetiva de uma finalidade (*objektive Zweckhaftigkeit*) para eliminar cursos causais guiados pela casualidade, destacando como critério decisivo um juízo de imputação autônomo, absolutamente independente do juízo natural: *imputável seria só aquele resultado que pudesse ser considerado como tendo ocorrido servindo aos fins (Zweckhaft)*¹⁵.

Como exemplo, Honig utilizou o caso que se tornou clássico, qual seja, da pessoa que envia o sobrinho a uma montanha com altas árvores, no meio de uma tormenta, com a esperança de que morra atingido por um raio. Como observado pelo professor Antonio Chaves Camargo, esse exemplo sofreu vários acréscimos, e, atualmente, é exposto como o sobrinho que pretende herdar de um rico tio e o convence a ir a um local, repleto de árvores, onde, costumeiramente, num determinado período do dia, caem muitos raios. O tio para lá se dirige, convencido pelo sobrinho, é atingido por um raio e morre¹⁶.

Esse tonitruante episódio – conhecido como o caso da “tormenta” – transformou-se num paradigma da dogmática penal. Todos os doutrinadores, em obras acadêmicas ou em salas de aula, sobre ele se debruçam, cada qual, evidentemente, dando sua interpretação sobre o *porquê* da não-atribuição do resultado morte, por ação de um raio, à insólita e má intencionada proposta de passeio por ocasião de uma tormenta. Como o agente – vale dizer, o “sobrinho” – não dispõe de nenhum controle ou conhecimento prévio acerca do fato subsequente, a solução do caso sempre girou, entre os doutrinadores, em saber se se tratava de um problema do tipo objetivo ou do tipo subjetivo¹⁷.

Um outro autor que retomou aquela tradição alemã foi o jurista Engisch, que partindo da base da teoria da adequação – à qual denominou teoria da infração do dever objetivo de cuidado – considerou-a indispensável para restringir os efeitos da *conditio sine qua non*. Assim, além da previsibilidade geral do resultado ante a infração a um dever de cuidado, dever-se-ia exigir, para Engisch, também a *adequação* em relação ao modo especial do curso causal. Dessa forma, no caso da “tormenta”, a morte decorreu de um fator imprevisível no tocante ao meio utilizado no curso causal. Em suma, o raio caiu sobre o “tio” como poderia ter caído sobre o “sobrinho”.

Portanto, Engisch negou o nexó de antijuridicidade com a fundamentação de que não havia realizado o perigo que mostrava como proibida a conduta perigosa para a vida.

¹⁴ Nesse sentido, Reinchenbach afirmou, *verbis*: “O desenvolvimento histórico da física leva ao resultado de que o conceito de probabilidade é fundamental em todas as asserções sobre a realidade e que, a rigor, não é possível uma única asserção sobre a realidade, cuja validade possa ser afirmada com algo mais do que probabilidade” (idem, p. 131).

¹⁵ Cf. SCHÜNEMANN, op. cit., p. 73.

¹⁶ Cf. CAMARGO, op. cit., p. 63.

¹⁷ Cf. KÖSTER, Mariana Sacher. *La evolución del tipo subjetivo*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998. p. 109.

Ele também diferenciava, de um modo claro, já naquela época, entre a causalidade, no sentido da *conditio sine qua non*, a adequação, no sentido da previsibilidade geral do resultado, e a realização do perigo como um fator adicional. Portanto, *colocava os três pressupostos no mesmo nível, como elementos do tipo independentes entre si*¹⁸.

Ainda por ocasião do neokantismo, Edmund Mezger elaborou sua *teoria da relevância*, em que via na adequação uma exigência valorativamente imposta pelo tipo. Por meio dessa teoria, a responsabilidade seria determinada, não por um critério de causalidade natural ou de probabilidade, mas de acordo com o sentido do tipo correspondente em cada caso. Portanto, a teoria da relevância pressuporia um juízo de valor decidido nos correspondentes grupos de caso¹⁹.

Hans Welzel – talvez o grande nome da dogmática no século XX – foi outro jurista que, no mesmo período, contribuiu para o desenvolvimento dos estudos que redundaram na moderna imputação objetiva, quando se deteve – curiosamente – num marco valorativo sobre a teoria da adequação social, antes de radicalizar no ontologismo que tanto caracterizou sua doutrina da ação final. Para ele, a participação no moderno tráfico motorizado, ferroviário ou aéreo é uma atividade *socialmente adequada*²⁰. Valendo-se de uma hipótese bastante próxima à da “tormenta”, Welzel sustentou que “um sobrinho não realiza uma ação típica de homicídio se anima seu tio, do qual é herdeiro, a utilizar com frequência os meios de transporte com a esperança (fundada) de que morra prematuramente num acidente”²¹.

Porém, o predomínio da teoria causalista, a paulatina aceitação da teoria do finalismo – capitaneada, como visto, por Welzel –, bem como o duro embate que se travou entre essas duas teorias, fizeram com que a imputação objetiva ficasse olvidada até que, por volta dos anos 1970, no bojo da discussão do Projeto Alternativo de reforma da legislação penal alemã, Claus Roxin a resgatou do “esquecimento”, trazendo-a para o campo da discussão dogmática. Assim, ao reler a obra de Honig – por ocasião da edição de um livro em sua homenagem – Roxin retomou a velha discussão entre equivalência dos antecedentes e causação adequada, afirmando que a questão jurídica fundamental não consistia em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais se quer imputar a uma pessoa determinado resultado.

A alteração de perspectiva, i. e., da causalidade para a imputação, fez com que o centro de gravidade se deslocasse, já em sede de teoria da ação, da esfera ontológica para a normativa. Portanto, a questão de saber se é possível imputar a um homem um resultado

¹⁸ Cf. SCHÜNEMANN, op. cit., p. 74.

¹⁹ Cf. JESCHECK, op. cit., p. 258. Para Roxin, “Mezger queria decidir que cursos causais seriam de considerar-se relevantes não só com base nos princípios da adequação, mas também em uma interpretação racional dos tipos. Esta concepção contém a exigência de uma teoria autônoma da imputação, a ser acrescentada à verificação da causalidade, o que é completamente correto. Mezger unicamente falhou em desenvolver sua teoria da relevância ao *status* de uma teoria geral de imputação” (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco, dos §§ 7 e 11 de *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305).

²⁰ É interessante observar, nesse sentido, o próprio título do seu trabalho de habilitação, em 1935, denominado “Naturalismo e filosofia dos valores em direito penal” (*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*).

²¹ Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Tradução esp. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago del Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 67. [tradução livre para o português].

como obra sua dependeria, desde o início, dos critérios de avaliação a que submetemos os dados empíricos. Para Roxin, se se coloca, como fez Honig, no centro de toda a discussão, *o juízo de imputação com o seu caráter específico e basicamente distinto do juízo causal, isso implica a tese da normatividade do conceito jurídico-penal de ação*²².

Essa tese, em pleno apogeu do ontologismo das estruturas lógico-objetivas, como o próprio conceito de ação, fez com que Roxin reunisse, em um conceito *abarcador*, justamente os três enfoques de Honig, Engisch e Welzel, dos anos 1930, que tratavam isoladamente dos critérios da *possibilidade objetiva de perseguir uma finalidade (Bezweckbarkeit)*, da *adequação social* e da *realização do risco*, e que tinham ficado sem êxito²³.

Navegando contra a corrente dominante, Claus Roxin sustentou, no renomado livro *Política criminal e sistema de direito penal*, a adoção de um direito penal funcional, que superasse as barreiras – tidas, até então, como “infranqueáveis”, conforme a conhecida sentença de von Liszt – que separavam a dogmática da política criminal, pois, nos termos de sua lição, de nada valeria a construção de uma estrutura teórica gigante e complexa se, na análise do caso concreto, se revelasse político-criminalmente injusta ou equivocada²⁴.

Ao associar a dogmática à política criminal e ao acrescentar à relação de causalidade requisitos normativos, Roxin criou a moderna *teoria da imputação objetiva*, desenvolvendo-a nos muitos aspectos relacionados com a atribuição ou não de um fato ao autor como obra sua. Dito por outras palavras, a relação de causalidade natural é o primeiro, mas não o único ou decisivo critério de tipicidade objetiva: é necessário que, além do vínculo causal – pelo qual se prova a existência do fato –, o comportamento humano tenha criado ou incrementado um risco juridicamente relevante de uma lesão do bem jurídico e, por último, que esse risco tenha se materializado no resultado.

Tendo por premissa a noção de que a finalidade do direito penal é evitar comportamentos que acarretem lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado pelo legislador, a essência comum dos tipos dolosos e culposos consistiria, dentro dessa nova concepção, na criação e realização de um risco não-permitido. Sob esse conceito geral, Roxin reuniu, não só o caso da “tormenta”, como também inúmeras outras constelações, como a diminuição do risco, o incremento de um risco em que si é permitido, e a causação do resultado fora do âmbito de proteção da norma de cuidado que havia sido infringida.

²² Cf. ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. In: ————. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula S. L. Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986. p. 145-146.

²³ Cf. SCHÜNEMANN, op. cit., p. 76.

²⁴ Conforme as palavras contidas naquele opúsculo: “¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema? Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras, motivadas político-criminalmente, de la regla estricta. Pero, de este modo, se relativiza naturalmente todavía más la significación de los conceptos sistemáticos generales y de las abstracciones dogmáticas. Así, por ejemplo, dice Jescheck como conclusión de su justificación, [...] del pensamiento sistemático: ‘No debe desconocerse, sin embargo, el peligro de una dogmática jurídico-penal basada en fórmulas abstractas: éste radica en que el juez se abandona al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo há de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemática deben ocupar el segundo plano’” (ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução e Introdução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 37).

Nesse sentido, o caso da “tormenta”, para ele, deveria ser solucionado negando-se a imputação ao tipo objetivo, visto que o autor, ainda que não tenha diminuído o risco de uma lesão ao bem jurídico, não o aumentou de maneira juridicamente relevante. Mesmo que comportamentos como aquele do “sobrinho” para com o “tio”, em raras situações excepcionais, possam levar a um desfecho fatal, os riscos mínimos socialmente adequados que eles acarretam não são levados em conta pelo direito penal, *de modo que uma causação de resultado por eles provocado não é de antemão punível*²⁵.

Depois de ter sido lançada por Claus Roxin, a teoria da imputação objetiva desenvolveu-se por meio de diversos doutrinadores, que estenderam seus postulados para além do tipo objetivo, abarcando, assim, institutos como autoria e participação, ingerência, domínio do fato, tentativa e atos preparatórios, dolo eventual e culpa consciente, crimes de perigo etc. Nesse sentido, o próprio Roxin assinalou que os esforços no sentido de uma fundamentação teleológico-racional do sistema jurídico-penal levaram, em outros autores, a construções sistemáticas parte similares e parte distintas das por ele defendidas²⁶.

Günther Jakobs, por exemplo, associou a imputação objetiva à teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, desvinculando-a, portanto, da missão de proteção aos bens jurídicos, concebendo o critério de imputação como a responsabilização pelo ato comunicativo defeituoso do fato criminoso. Para ele, o marco de toda imputação, inclusive a jurídico-penal, vincula um resultado que acontece no mundo a um destinatário dessa imputação, de tal modo que o destinatário aparece como aquele a quem pertence o resultado. É ele, destinatário, quem criou ou permitiu que tivesse lugar, tanto para o bem, no marco de imputação a título de algo meritório, como para o mal, na imputação a título de reprovabilidade²⁷.

Como a finalidade do direito penal é a de confirmar a identidade da norma quebrantada pelo delito, o objetivo da imputação objetiva do comportamento, para Jakobs, é apontar os desvios relativos àquelas expectativas que se referem ao portador de um “papel” social. Não são decisivas, assim, as capacidades de quem atua, mas as de um portador de “papel”, entendendo-se a expressão “papel” como um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; *trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta em atenção a pessoas*²⁸.

Todavia, por ser a teoria do delito um terreno fértil de idéias e polêmicas, naturalmente ocorreram questionamentos mais ou menos profundos a esse novo método dogmático. Assim, após o ceticismo inicial, importantes autores passaram a questionar quais seriam as vantagens e desvantagens da imputação objetiva.

²⁵ Cf. ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva...*, cit., p. 315.

²⁶ Idem, ibidem, p. 208.

²⁷ Cf. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madri: Cuadernos Civitas, 1996. p. 94.

²⁸ Idem, ibidem, p. 97.

3 As vantagens e desvantagens da teoria da imputação objetiva

Conforme afirmado, a doutrina da imputação objetiva foi alvo de críticas, por parte de defensores do finalismo e de outras correntes doutrinárias, que questionaram sua pertinência ou mesmo necessidade diante dos instrumentos então existentes para a solução dos problemas penais.

Nesse sentido, a objeção de maior peso consistiu na afirmação de que se trataria de uma construção desnecessária, pois a teoria da adequação conteria todos os pressupostos necessários que devem agregar-se à causalidade para que haja uma relação juridicamente relevante entre ação e resultado.

Entretanto, como verificado ao tempo de Engisch, a teoria da adequação não era o único instrumento de correção da teoria da equivalência. Isso porque existia toda uma série de hipóteses, nas quais o curso causal entre ação e resultado seria previsível objetivamente, mas que seria, contudo, político-criminalmente equivocado responsabilizar o agente pelo resultado. Portanto, na hipótese de uma vítima de acidente de trânsito, com lesões de natureza leve, que veio a ser infectada, após ter sido levada para um hospital, por uma bactéria altamente resistente a antibióticos, morrendo, conseqüentemente, em razão dessa infecção, o curso causal gerado por aquele acidente de trânsito seria tido como *adequado*, em função da probabilidade de se contrair infecção hospitalar. Porém não haveria sentido em imputar o resultado morte ao responsável pelo acidente, visto que, pela teoria da imputação objetiva – e não pela teoria da adequação –, essa pessoa não criou, com sua conduta, um risco intolerável de outrem ser exposto ao contágio de uma bactéria letal.

Dessa maneira, a teoria da adequação pode ser utilizada para resolver problemas dos chamados *cursos causais extraordinários*, porém não serve para repelir cursos causais adequados, mas normativamente injustificados. Em suma, ela se limita a qualificar os acontecimentos segundo critérios estatísticos ou de causalidade habitual. Não obstante, podem existir condições que, apesar de se qualificarem como *habituais*, são relevantes para o tipo penal²⁹.

Uma outra crítica dirigida à teoria da imputação objetiva consistiu na indagação sobre se ela cumpriria algum importante papel com relação aos crimes dolosos ou se, diferentemente, apenas se prestaria para solucionar casos envolvendo condutas negligentes, que violassem o dever objetivo de cuidado exigido nas circunstâncias.

Autores finalistas – como Armin Kaufmann e, mais recentente, Hans Joachim Hirsch – negam-lhe algum papel útil no terreno do dolo. José Cerezo Mir – representante do finalismo na Espanha –, seguindo pelo mesmo caminho, sustenta que nos delitos de ação dolosa seu campo de aplicação seria muito limitado. Para ele, a referência ao cuidado objetivamente devido para evitar a lesão a bens jurídicos carece de fundamento nos delitos dolosos, pois, aqui, a conduta estaria dirigida pela vontade do autor no sentido de produzir lesão ou perigo ao bem jurídico³⁰.

²⁹ Cf. DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 44.

³⁰ Cf. CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje*. Tradução de Luiz Regis Prado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, ano 3, p. 46, out./dez. 1995.

Eugenio Raúl Zaffaroni, com idêntico raciocínio, entende que no tipo doloso não se poderia negar que, no mínimo, seriam estranhos alguns dos requisitos da imputação objetiva. Não se ajustaria à realidade – para Zaffaroni – afirmar que, com relação a quem causa diretamente um almejado resultado, se diga que *introduziu um risco ou que aumentou esse risco*. Não haveria, segundo ele, qualquer dúvida que uma conduta intencionalmente dirigida a um resultado implica um risco. Conforme suas palavras, “Em um marco minimamente realista não é possível afirmar que quem lançou uma bomba sobre Hiroshima introduziu um risco, quando, na verdade, causou uma hecatombe”³¹.

Deve-se reconhecer, em parte, a procedência dessas observações, na medida em que Roxin teria exagerado ao identificar, de modo absoluto, as regras de imputação do delito doloso com as do delito culposo. Por outro lado, parece clara a insuficiência do finalismo para solucionar casos como o da “tormenta”, em que inequivocamente existe o nexos causal, bem como o dolo de matar. Com efeito, apartar, artificialmente, o fenômeno psicológico “querer realizar” de “querer aspirar”, como fez Welzel³², é, na verdade, considerar *normativamente* o que seria, pela lógica do próprio finalismo, *ontológico* – ou seja, o dolo natural.

Aderindo, assim, ao pensamento de Bernd Schünemann, tem-se que a imputação objetiva do resultado é igualmente relevante para delitos dolosos e culposos. No entanto, diferentemente do que considerou Roxin, deve-se salientar que os critérios de imputação são diferentes nas duas estruturas típicas, quer dizer, *são mais exigentes nos crimes dolosos*. Isso porque, no dolo, o risco permitido deve ser determinado de modo bem mais restrito, uma vez que o agente atua com o propósito de lesionar. Em suma, no tipo doloso, o *autor domina a provocação do risco por si só e não permite que a vítima possa se autoprotger*³³.

Como última objeção à teoria da imputação objetiva, foi ponderado que ela não seria, propriamente, uma teoria, com aplicação sistêmica e universal, mas, somente, um conjunto de tópicos (*topoi*).

Desse modo, Hirsch – num instigante estudo sobre a existência de áreas do direito penal que seriam independentes de fatores vigentes no tempo e no espaço – critica a visão de que normas poderiam ser valoradas e aplicadas topicamente, como se pudessem ficar livres das estruturas lógico-objetivas. Assim, para ele, a direção neonormativista representada por Roxin, Schünemann e Jakobs corresponderia, justamente, a essa concepção equivocada. Bernd Schünemann, no entender de Hirsch, estaria errado ao tratar a dogmática penal como um *locus* puramente valorativo, condicionado, unicamente, pelo direito penal vigente na Alemanha, sem vocação de universalidade³⁴.

³¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama de los esfuerzos teóricos para establecer criterios de imputación objetiva. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester (Orgs.). *Estudios em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 197 [tradução livre para o português].

³² Cf. verbis: “Como voluntad de realización, el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real. Aquello que, de acuerdo a la propia opinión del autor, queda fuera de su posibilidad de influencia, lo podrá por cierto esperar o desear, como encadenamiento casual con su acción, pero no querer realizar” (WELZEL, *Derecho penal...*, cit., p. 79).

³³ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 86.

³⁴ HIRSCH, Hans Joachim. ¿Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente? In: ———. *Derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. (Obras completas, t. 2). p. 42-43.

Essa crítica, contudo, não procede. Na verdade, conforme já acentuado por Gimbernat Ordeig, são indiscutíveis as vantagens do pensamento sistêmico para a dogmática penal, tanto no tempo como no espaço³⁵. Nesse sentido, por meio da ordenação sistêmica das categorias teóricas, a começar pelo conceito do delito como ação típica, antijurídica e culpável, é possível chegar a uma aplicação uniforme e racional do direito³⁶. Entretanto – como tudo na vida –, se levado ao extremo, o método sistêmico pode redundar numa desatenção à justiça do caso concreto, quando não numa abstração estéril ou – para usar uma expressão que desagrada a Welzel – num mero exercício da “arte pela arte”³⁷.

Nesses termos, a teoria da imputação objetiva não rompe – nem tenciona romper – com os conhecimentos acumulados na longa trajetória da dogmática penal, em especial o “ganho de qualidade” trazido pela teoria finalista da ação³⁸.

Porém ela pretende corrigir os desvios de uma abstração exacerbada, por meio da *tópica*, vale dizer, de um *pensamento problemático*. Esse procedimento, próprio da filosofia, pode ser útil ao direito penal, preenchendo casuística e normativamente conceitos indeterminados e cláusulas gerais, como a regra da *conditio sine qua non*³⁹. Pode ser útil, ainda, para o direito penal brasileiro, conforme visto na seqüência.

4 A aplicação da teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro

A regra de imputação que foi acolhida pelo nosso Código Penal foi a da equivalência dos antecedentes causais, conforme se constata da leitura do art. 13, *caput*, da reformada Parte Geral (Lei n. 7.209/84). Essa disposição, na verdade, reproduz o art. 11 do texto original do Código, promulgado em 1940, que foi, indubitavelmente, um diploma marcado pelo tecnicismo jurídico-penal⁴⁰. A característica dessa sistemática é a realização

³⁵ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos G. Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55.

³⁶ Conforme a lapidar sentença de Welzel, verbis: “La división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración estructurados uno sobre y a continuación de outro proporciona un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, la facilita y la asegura contra contradicciones y arbitrariedades. Mediante la diferenciación de grados de valoración permite un resultado final adecuado y justo” (WELZEL, *Derecho penal...*, cit., p. 57).

³⁷ Cf. o desabafo de Welzel: “A dogmática não foi cultivada ‘unicamente’ na Alemanha, como a arte pela arte, mas, sim, como firme baluarte contra invasões ideológicas” (WELZEL, Hans. A dogmática no direito penal. [Tradução de Yolanda Catão.] *Revista de Direito Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13/14, p. 8, 1974).

³⁸ Dentre os inúmeros contributos do finalismo, destacam-se: a colocação do dolo e da culpa no tipo, a noção de injusto pessoal e a culpabilidade normativa.

³⁹ Cf. ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva...*, cit., p. 229.

⁴⁰ Conforme exposto por Nélson Hungria, que exerceu grande influência na elaboração do Código Penal de 1940, verbis: “O legislador de 1940 [...] separou, como conceitos distintos, a *causalidade* (física) e a *culpabilidade* e consagrou, em princípio, no tocante à primeira, o critério lógico-naturalístico da equivalência das condições. A questão da causalidade é resolvida na órbita exclusiva do *elemento material* do crime, isto é, no estrito limite da *ação ou omissão* e o *resultado*. Em face do art. 11 (*caput*) do Código vigente, é sempre integral e solidariamente responsável pelo resultado concreto, do ponto de vista lógico-causal, ‘ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido’. Nada importa que haja cooperado, com a ação ou omissão, para o advento do resultado, outra força causal (concausa). Nenhuma diferença existe entre *causa e concausa*, entre *causa e condição*, entre *causa e ocasião*. Todas as forças que concorrem para o resultado *in concreto*, apreciadas em conjunto ou *uti singuli*, equivalem-se na sua eficiência causal. Nem uma só delas pode ser abstraída, pois, de outro modo, se teria de concluir que o resultado, na sua fenomenalidade concreta, não teria ocorrido. *Formam elas uma unidade infragmentável*” (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 2, p. 65) [os últimos grifos não são do original].

de um silogismo: tomando como premissa maior a lei, como premissa menor o fato, e uma vez que este esteja enquadrado na lei, resulta a conclusão da modificação da natureza e a consequência da pena como resposta ao seu autor⁴¹.

Dessa maneira, a teoria da causalidade foi e continua a ser a base de aplicação de todo o direito penal brasileiro. Assim, a partir do nexos causal, preenche-se o tipo objetivo, indicativo da antijuridicidade, deixando-se, na culpabilidade, o juízo de reprovação do autor em razão de estar ligado ao fato, dolosa ou culposamente.

O finalismo de Welzel, acolhido pela citada Reforma de 1984, trouxe um bafejo de progresso àquele tecnicismo, com a colocação do dolo e da culpa no tipo, excluindo-se, desde logo, a responsabilidade, quando ausente um ou outro, apesar do liame causal. Não se conseguiu, porém, avançar muito, visto que o legislador brasileiro passou ao largo das críticas dirigidas contra a teoria da equivalência dos antecedentes, insistindo em manter uma metodologia político-criminal que guarda uma impressionante proximidade com aquela preconizada por Franz von Liszt, no século XIX, a despeito dos inúmeros avanços não só da doutrina do direito penal, mas da sociedade como um todo⁴².

Não obstante, o § 1º do art. 13 do Código Penal – antigo parágrafo único do art. 11 da redação primitiva – procurou reduzir os efeitos negativos da teoria da *conditio sine qua non*, cuidando das concausas relativamente independentes supervenientes. Assim, afirmou que, em tais circunstâncias supervenientes – como no notório exemplo da “ambulância que bate no poste” –, exclui-se a imputação do resultado, dentro de um marco próximo da *teoria da adequação*, inobstantemente presente a relação de causalidade, atribuindo-se, ao autor, apenas a responsabilidade pelos fatos anteriores⁴³.

No que toca à problemática da responsabilidade diante de uma conduta *omissiva*, que, no *caput* do art. 13, pressuporia um ilógico nexos natural entre o *non facere* e o resultado naturalístico, a nova Parte Geral do Código adotou, no § 2º, um critério normativo igualmente próximo da *teoria da adequação*, por meio da aferição da *posição do garantidor*. Assim, existe uma indiscutível carga valorativa na eleição do *garante*, conforme as alíneas “a”, “b” e “c” do citado § 2º do art. 13, em especial nesta última, que alude à criação do risco decorrente de comportamento anterior inadequado.

Diante desse quadro, no qual há o acolhimento, como regra, da teoria da equivalência dos antecedentes causais, mas temperada pelos §§ 1º e 2º, em que se adotou um critério *valorativo* de atribuição do resultado ao autor como obra sua, penso ser perfeitamente possível a aplicação – por nós – da teoria da imputação objetiva. De efeito, conforme exposto nos capítulos precedentes, o nexos de causalidade natural deve ser considerado o primeiro, mas não o único, critério de imputação. Com ele, prova-se a ocorrência do *fato*, com relevância penal, nos delitos de resultado; sem ele, estaremos diante de um *nada jurídico*, ou melhor, de algo *independente*⁴⁴.

⁴¹ CAMARGO, op. cit., p. 135.

⁴² Sobre a doutrina de von Liszt sobre a imputação do resultado, vide a nota n. 6, *supra*.

⁴³ Nesse sentido, verbis: “É importante notar que a lei brasileira considera a *independência relativa* do novo curso causal como excludente da *imputação* do resultado – e não como excludente da *relação de causalidade* – admitindo, portanto, a moderna distinção entre *causação* e *atribuição* do resultado (art. 13, § 1º)” (SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 53).

⁴⁴ Conforme a própria dicção da lei: o resultado, *de que depende a existência do crime...*

Contudo, a relação causal não é suficiente para determinar a atribuição do resultado ao autor. Faz-se necessário, ainda, avaliar a conduta que criou ou incrementou um risco juridicamente desaprovado e, por fim, se esse risco se materializou no resultado.

Pode-se, assim, sustentar a aplicabilidade da teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. Numa palavra, a teoria da *conditio sine qua non*, explicitada no art. 13, *caput*, do Código Penal, bem como a teoria da *adequação*, contemplada nos §§ 1º e 2º, não são empecilho àquela teoria sistematizada por Roxin; ao revés, elas podem e devem ser interpretadas em harmonia com esse novo instrumento dogmático – próprio de uma sociedade cada vez mais complexa na qual vivemos. Assim, a *conditio sine qua non* figura no limite mínimo de atribuição do fato ao autor, dentro do marco de um *garantismo jurídico-penal*. No limite máximo, há de se avaliar a criação de um risco não permitido e se esse último se materializou no resultado. Se isto não ocorrer, quebra-se o nexo de imputação antes mesmo de se avaliar o tipo subjetivo, a antijuridicidade ou a culpabilidade do (suposto) autor.

Entretanto, a resistência maior à teoria da imputação objetiva estaria na *cultura jurídica brasileira*. Está, não no art. 13 do Código Penal, mas no método jurídico praticado tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira, qual seja, o referido *tecnicismo jurídico-penal*, que opera numa sistemática fechada, própria de um positivismo jurídico neokantiano. Esse método fez, como dito, algumas concessões ao finalismo, até porque a Reforma Penal de 1984 acolheu o princípio da culpabilidade. Contudo, ele persiste fortemente entranhado, em especial pela utilização de *argumentos de autoridade* na praxe brasileira, na qual o direito é aplicado de maneira repetitiva, sem aceitar qualquer inovação oriunda do quadro social sobre o qual incide.

Diferentemente, o método de aplicação da imputação objetiva é aberto a influências provenientes do caso concreto, em que o juízo valorativo do risco permitido é feito no contexto social do agir comunicativo, conforme o funcionalismo de Roxin e outros autores contemporâneos. Acredito, portanto, que, na atualidade, esse novo sistema ainda não consegue perfurar a placa dogmática vigente no Brasil. O resultado disso, lamentavelmente, é a perplexidade que repetidamente nos assola, diante da impossibilidade de o direito penal responder às modernas formas de criminalidade, que crescem vertiginosamente no país.

Para piorar, assiste-se, hoje, à utilização de expressões cunhadas pelos adeptos da teoria da imputação objetiva, tais como *risco permitido*, *diminuição do risco* etc., não para aplicá-las no contexto de uma metodologia aberta, mas para reforçar um *a priori* distanciado da realidade. Esse fenômeno se dá em razão da plasticidade lingüística do funcionalismo, o que provoca confusões, tais como afirmações no sentido de que a imputação objetiva viria substituir o nexo de causalidade do art. 13 do Código Penal⁴⁵.

⁴⁵ Cf. as palavras de Damásio de Jesus, ao se reportar à teoria da imputação objetiva, verbis: “É uma teoria que tem o destino de substituir, no futuro, a causalidade material” (JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. XVII).

5 Conclusão

Diante das reflexões colocadas no presente texto, entende-se que o problema maior da teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro – vale dizer, o seu “calcanhar de Aquiles” – é de ordem metodológica. É nesse terreno que devem ser concentradas as aspirações para a adoção dessa nova dogmática, sensivelmente mais condizente para o tipo de sociedade em que vivemos e para a criminalidade que nela se manifesta.

Do ponto de vista da lei penal brasileira, bem como dos critérios de imputação que ela contempla – teoria da equivalência dos antecedentes causais, no *caput* do art. 13 do Código Penal, e teoria da adequação, nos seus §§ 1º e 2º –, é juridicamente possível e, de fato, necessária a utilização da teoria da imputação objetiva, avaliando-se, portanto, no caso concreto, a colocação do bem jurídico em situação de risco não-tolerado pelo direito, para fins de atribuição do resultado ao sujeito, como obra sua.

Todavia, enquanto não evoluirmos no campo metodológico, isto é, enquanto não for alterada a mentalidade em vigor no país, a teoria da imputação objetiva, considerando o caráter simbólico do direito penal brasileiro, será unicamente um “jogo de palavras”, vazia, portanto, de conteúdo prático.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CEREZO MIR, José. *O finalismo, hoje*. [Tradução de Luiz Regis Prado.] *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 39-49, out./dez. 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.

DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

HIRSCH, Hans Joachim. ¿Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente? In: ———. *Derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. (Obras completas, t. 2).

HUNGRIA, Néson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 2.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de José Luis Manzaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KÖSTER, Mariana Sacher. *La evolución del tipo subjetivo*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. t. 1.
- MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje al profesor Claus Roxin*. Córdoba: La Lectura, 2001.
- . *Derecho penal: parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos G. Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal: problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula S. L. Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.
- . *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- . *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco, dos §§ 7 e 11 de *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: ———. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Tradução esp. de Mariana Sacher. Madrid: Tecnos, 2002.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago del Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- . A dogmática no direito penal. [Tradução de Yolanda Catão.] *Revista de Direito Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13/14, p.7-12, 1974.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama de los esfuerzos teóricos para establecer criterios de imputación objetiva. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester (Orgs.). *Estudios em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TENDÊNCIAS ATUAIS NA ÉTICA DO SERVIÇO PÚBLICO

*Gerald E. Caiden**

*Daisy de Asper y Valdés***

SUMÁRIO: 1 O contexto mutável da ética do serviço público. 2 A natureza mutável da ética do serviço público. 3 Algumas tendências na reforma da ética do serviço público. 4 A urgência em reconsiderar a ética global. 5 Conclusões.

Antes do advento do novo século, principalmente nas duas últimas décadas, identificou-se uma preocupação crescente com a generalização da corrupção, mal que afeta até mesmo organizações antes tidas como totalmente imunes. Agora, parece que nenhuma instituição pública está livre de suspeita ou de contaminação.

Em pesquisa alentada sobre o tema, Caiden (2001) sustenta que um dos fatores de eficácia para a moderna governança é o desenvolvimento de um serviço público dotado de confiabilidade e profissionalismo, liderado por dirigentes públicos honestos. Observa que nada pode minar mais a credibilidade das instituições públicas do que a corrupção nos círculos oficiais. É um vício que corrói a probidade das instituições, turba profundamente as políticas e as ações oficiais, destrói a confiança no sistema tributário e na aplicação dos recursos provenientes de impostos destinados a projetos públicos. Tais recursos irão, nesse caso, obedecer unicamente a interesses privados e favorecer a pessoas determinadas. Serão, muito provavelmente, desvirtuados de sua aplicação necessária para investimentos em empresas de risco, talvez superavaliadas ou deficientemente administradas. Burla-se, assim, a aplicação mandatória das leis e a legitimidade dos orçamentos e das contas públicas. Em resumo, como sustenta, a corrupção contribui para destruir a boa administração pública como o cupim corrói a madeira¹.

Como conseqüência de tantas más ações isoladas, muitas reputações se arruinaram. Há uma linha tênue de censura que marca a zona cinzenta que separa as organizações públicas das privadas, o setor público do privado e o comportamento público do privado. Pensou-se até, em determinado momento, que eram áreas bastante distintas, que deveriam existir normas éticas diferenciadas entre o público e o privado, e até mesmo que a conduta pública era eticamente superior à privada, obedecendo a padrões de maior rigidez. De modo significativo, os organismos internacionais, principais atores do cenário mundial, verificaram, a tempo, que não pode haver dois códigos de ética distintos, dois tipos de

* Gerald E. Caiden é Doutor pela London School of Economics and Political Science e Professor Titular de Administração Pública (USC/Califórnia). Consultor e Pesquisador da ONU e do Banco Mundial. É autor de mais de cinco dezenas de livros e monografias na área de Administração Pública e Ciência Política.

** Daisy de Asper y Valdés é Mestre em Direito Público (UnB), Mestre em Administração Pública (USC); Doutora em Administração Pública (PhD, USC), Subprocuradora-Geral da República (aposentada); Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Público do ICAT/AEUDF/Bsb/DF, Professora de Direito Administrativo da UPIS (Brasília, DF).

¹ CAIDEN, G. E.; DWIVEDI, O. P.; JABBRA, J. (Eds.). *Where corruption lives*. Connecticut, USA: Kumarian, 2001.

regras de conduta, uma para o âmbito privado e outra para a área pública. Não pode haver um setor público livre de corrupção se, na realidade, o setor privado tolera, e até premia, as práticas corruptas. Tampouco pode existir um setor empresarial honrado se o setor público, o governo e o sistema político aceitam e não combatem a corrupção².

As práticas comerciais viciadas solapam inevitavelmente a integridade pública. O comportamento corrupto contamina tudo aquilo em que toca. Esse tem sido o tema e as conclusões das Conferências Internacionais Anticorrupção intensificadas em todo o mundo desde 1987. A autotutela, um princípio tão valioso em uma sociedade moral, só funciona até onde as pessoas permitam que funcione. Quando não há disposição nem vontade política é muito pouco o que se pode fazer. E certamente nada consegue uma legislação fraca e ineficiente que, por si só, é incapaz de impedir a produção e a comercialização de produtos nocivos, de fraudes ou de outros atos vergonhosos de uma sociedade, que, agora globalizada, não pode ser vista de modo isolado.

Nesse cenário, as organizações com conteúdo moral enfrentam dificuldades ao lidar com governos de moralidade duvidosa, corporações políticas tendenciosas, burocracias públicas e funcionários inescrupulosos. O que impera é o favoritismo, baseado em considerações pessoais ou do grupo a que serve, e não na satisfação de propósitos legítimos, do interesse público. Licitações e propostas competitivas não são respeitadas. A distribuição de favores se converte em subornos inaceitáveis. A grande esperança que a humanidade colocou na nova ordem internacional, após o horror da Segunda Guerra Mundial, frustrou-se em face da corrupção e do comportamento reprovável de líderes mundiais e das organizações internacionais. O espírito humanitário foi quase totalmente eclipsado por sórdidas transações internas, pela busca de vantagens pessoais e por muita ganância. As corporações públicas e seus líderes corruptos a tudo corromperam, do mesmo modo que às organizações privadas corroídas. Todos fomos vítimas de saques indevidos, decisões tendenciosas, incompetência, ineficiência, insensibilidade, ausência de representatividade e de irresponsabilidade na condução do serviço público³.

Tornaram-se, em contrapartida, mais freqüentes as conferências internacionais sobre a ética do serviço público, e nelas foram aprovadas inúmeras resoluções⁴. Uma das justificativas para isso é simplesmente porque o tema da ética no serviço público deve

² CAIDEN, Gerald E. Corruption and governance. In: *Where corruption lives*, cit., 2001. p. 28-29. A falta de ética, que se podia esperar em regimes eivados de corrupção, como o Paquistão, Paraguai, Índia, Indonésia, Colômbia ou Zaire, também se podia encontrar agora nos Estados Unidos, na União Soviética (e na Comunidade de Estados Independentes), no Japão, na Itália, na China e, inclusive, na Austrália, nos Países Baixos, no Reino Unido, na França, na Bélgica, na Suíça e na Suécia, ainda que não na mesma escala, nem tão imerso na cultura da governança.

³ CAIDEN, Gerald E. Tendencias actuales en la ética del servicio público. *Gestión y Política Pública*, México: CIDE, v. 10, n. 2, p. 235, 2. sem. 2001.

⁴ “The Fourteenth Meeting of Experts on the United Nations Programme in Public Administration and Finance” foi realizado na sede da ONU, em Nova York, em maio de 1998, de acordo com a decisão 1997/222. O marco principal foi a Resolução n. 50/225, adotada desde abril de 1996, na qual a Assembleia-Geral confirmou a importância vital do fortalecimento da administração pública para o desenvolvimento e ressaltou a necessidade de cooperação entre os departamentos e as agências das Nações Unidas no suporte ao fortalecimento das áreas de governança, administração pública e finanças.

permanecer em primeiro plano na consciência dos governantes e na sua atuação em prol do interesse da comunidade. Deve-se manter um posicionamento claro do problema e de suas conseqüências, inculcando-o na mente dos que dirigem a sociedade e nos propósitos das diversas organizações sociais, tanto públicas quanto privadas. Mas não foi por se relegar a importância do comportamento ético que o assunto não foi discutido antes em conferências internacionais. Nem mesmo porque a ética do serviço público tenha se deteriorado radical e sensivelmente nos últimos anos. Ou tampouco porque parece inferior ao padrão esperado, em face de existir maior consciência das implicações de uma conduta pública reprovável. Tais conferências realizaram-se, a partir de então, porque se visualizou a sua premente necessidade, já que o perfil do mundo atual requer, substancialmente, uma revisão da ética do serviço público e sua urgente reformulação⁵.

1 O contexto mutável da ética do serviço público

Nunca antes se valorizou tanto a ética no serviço público. As burocracias de todo o mundo se mantiveram à margem. Algumas apenas observavam as atrocidades cometidas por burocratas em determinadas épocas e locais. Muitos desses crimes contra a humanidade eram até instigados, planejados e executados com presteza, eficiência e arrogância por servidores públicos. Infelizmente, ainda o são. Esse desprezo pelo sofrimento humano provoca a indignação moral do resto do mundo que, apesar de tudo, se nega a interferir⁶.

Entretanto, tem havido mudanças progressivas, para melhor ou para pior. As reuniões internacionais sobre a ética do serviço público são necessárias para permitir que os funcionários se afastem de suas rotinas e pressões urgentes, avaliem suas tendências e enfrentem seus conflitos e inquietudes, com o propósito de reduzir o dano potencial e aumentar o bem que possam praticar, e criar condições para que outros também o façam⁷.

Primeiro, devem estar conscientes de fatores adversos, como a enorme redução da influência moral, da força da família e da religião. A família ampliada – constituída de dezenas de sujeitos – está cedendo vez à família atomizada, de apenas um punhado de membros, e do lar formado por um só dos pais, algo que não ocorrera antes na história da humanidade. Torna-se freqüente encontrar crianças criadas por estranhos que não são, obviamente, os melhores modelos. Debilitou-se, também, a força moral da religião e, com ela o ensino da moralidade. Até agora, a sociedade não trocou nem a família nem a religião por substitutos adequados. Os jovens enfrentam opções atrativas e enganadoras que os seduzem antes que possam ter controle ou melhor entender a situação. Não há garantia de que saibam distinguir entre o certo e o errado. Do mesmo modo, não há certeza de que os

⁵ CAIDEN, G.; VALDÉS, Daisy A. Revitalizando o Estado do Bem-Estar Social: internacionalização e globalização. *Revista de Direito da UPIS*, Brasília, jan. 2003, p. 37-52.

⁶ CAIDEN, G. Anatomy of official corruption. In: *Ethics as an instrument for management* – INTERNATIONAL SEMINAR OF THE PUBLIC ETHICS COMMISSION, 4., 2003, Rio de Janeiro.

⁷ Caiden (idem) acentua que, diferentemente de outras formas de infração, a corrupção não é fácil de identificar. Ações corruptas podem ser repreensíveis, mas podem aparentar uma certa inocência, e algumas pessoas envolvidas não se conscientizam de seu envolvimento.

servidores públicos admitidos ou contratados saibam mais ou que estejam mais preparados ética ou profissionalmente do que aqueles contratados no mercado laboral, na área privada.

Segundo, entre as opções enganadoras, cada vez mais há crianças e jovens expostos ao mesmo denominador comum, desestruturador, veiculado pelos meios de comunicação: o sensacionalismo, as distorções dos fatos e a ausência de valores declarados. Para muitos, manifesta-se como consequência da recém-apregoadada liberdade e da redução ou abolição da censura oficial. Isso deixa os jovens, os que são mais fracos e influenciáveis, expostos a mensagens dúbias sobre o que é aceitável ou o que é inaceitável, dentro ou fora da esfera de autoridade. Ao mesmo tempo, mais pessoas estão sujeitas ao que acontece inusitadamente em outras partes do mundo e, como resultado, ficam mais confusas com a exposição a essa variedade de condutas. Tudo, então, é questionável. Nesse cenário, os princípios perdem muito de seu significado, se não são reforçados.

Terceiro, o empobrecimento do mundo tem-se agravado, e não diminuído, nas últimas décadas. Ainda que alguns países ou povos tenham avançado, o resto da humanidade luta contra o empobrecimento crescente. Os extremos de bem-estar e conforto a que aspira a humanidade tornaram-se ilusórios e fora do alcance de grande maioria. Vê-se o enriquecimento como um fim em si mesmo, que aparentemente justifica os meios, mas como um valor que enfraquece muitos outros. A opulência privada contrasta com a pobreza pública. Portanto, torna-se mais difícil atrair e reter pessoas qualificadas no serviço público e delas exigir sacrifícios⁸.

Quarto, a governança moderna imiscui-se, cada vez mais, em inúmeros aspectos da vida dos indivíduos. Há uma dependência crescente com relação à disponibilidade, responsabilidade, estabilidade e eficiência no fornecimento de bens e serviços públicos. Mais pessoas estão em contacto com a máquina administrativa e conscientes dos efeitos que esta tem sobre as suas vidas. Ainda quando apreciem seus benefícios, resistem aos processos a que devem submeter-se para obtê-los. Por outro lado, e de modo mais questionável, a feminização crescente da força laboral (e, possivelmente, da própria elite governante) torna mais sensível a sociedade moderna com relação às necessidades e expectativas dos cidadãos no sentido de que a burocracia se torne mais humana e acessível.

Quinto, a democratização – apoiada pelos meios de comunicação liberais – torna mais alerta a sociedade civil sobre o que acontece na vida pública e até mesmo nos bastidores. Sem dúvida, o público se inteira com clareza da influência da atuação política e da corrupção, da condescendência e da complacência burocráticas, e da mesquinhez oficial. As pessoas perdem o medo de se fazer ouvir, e os que se revoltam recebem bem mais atenção do que antes. Em suma, há mais transparência. Os agentes ou funcionários públicos devem acostumar-se a viver como num aquário de cristal, onde até sua vida privada tem reflexos na sua vida pública.

⁸ O *Rapport Mondiale sur le Développement Humain, PNDU* (Paris: Economica, 1992. p. 37-38) informa que, em 1960, os 20% mais ricos dos habitantes do planeta dispunham de renda trinta vezes superior à dos 20% mais pobres. Na década de 1990, as rendas dos 20% mais ricos eram sessenta vezes mais elevadas.

Por último, assim como vários setores públicos se tornaram mais complexos, o mesmo aconteceu com o crime, com as atividades delituosas e com a má conduta. Aqueles destituídos de padrões éticos usam a tecnologia moderna para burlar os mais honestos e os que respeitam a lei. O risco de serem denunciados não os inibe ou reprime. Alguns transgressores são descobertos e castigados, mas o jogo prossegue com diferentes parceiros, que aprendem rapidamente como suprir as falhas dos outros, para evitar que sejam colhidos nos seus atos delituosos⁹.

Desse modo, a moldura do serviço público se transforma, nem sempre para pior, mas, certamente, diferente do perfil do passado. Não se pode permitir que os honestos sejam ignorados ou que sejam aliçados nesse processo de mudança. Provavelmente, algumas áreas são mais sensíveis, pois, por serem originais ou sem precedentes, cedem a argumentos ainda não testados. Essas áreas requerem inovação, criatividade e ingenuidade. Outras áreas são mais estruturadas, e só requerem vontade política para se atuar com firmeza na aplicação das leis e regulamentos existentes, no fortalecimento de estratégias e táticas dissuasivas, na aplicação da tecnologia disponível e na melhor capacitação e disciplina dos servidores públicos. Tudo isso poderia ser alcançado com mais ajuda investigatória, com o uso de tecnologia adequada, uma eficaz revisão das leis, com mais inversão e apoio públicos na contratação dos servidores¹⁰.

Entre aspectos inovadores de fácil solução estão as relações cambiantes entre o governo e as empresas ou a integridade da interação do setor público com o privado. As empresas globalizaram-se em ritmo bem mais acentuado do que a atividade do setor público. Isto provocou inúmeras lacunas na provisão de bens e serviços públicos em escala mundial, e muitas das agências internacionais, que supostamente teriam que suprir essas defasagens, se mostraram ineficientes. Talvez pela ausência de pressão política internacional para que se aprimorem, ou de fundos públicos suficientes que lhes permitam melhorar seu desempenho. Conseqüentemente, o serviço público internacional também carece de profissionalismo adequado. A atuação das empresas multinacionais, ainda que dotadas de consciência e de responsabilidade social, avança precipitadamente, sem reparar nas suas disfunções sociais que não podem ser controladas adequadamente pelas agências públicas internacionais. De fato, essas organizações não se têm mostrado capazes de compensar os efeitos adversos do comércio internacional nos problemas mundiais de segurança, como a guerra e o terrorismo, os desastres ou ameaças ambientais, o crime transnacional e o comércio nocivo, a exploração laboral, a escravidão *de fato* e a carência de proteção ao exercício dos direitos humanos¹¹.

Pior ainda, o comércio internacional deserta ou ignora a consciência moral quando seus lucros estão em risco. Quando é mais necessário, foge ou retira abruptamente suas inversões, sem qualquer consideração quanto ao custo social do que abandona, nem quanto

⁹ CAIDEN, G. Tendencias actuales en la ética del servicio público. *Gestión y Política Pública*, cit., p. 236-237.

¹⁰ CAIDEN, G.; VALDÉS, Daisy A. Revitalizando o Estado do Bem-Estar Social: internacionalização e globalização. *Revista de Direito da UPI*, cit., p. 37.

¹¹ CAIDEN, G. Dealing with administrative corruption. In: COOPER, T. L. (Ed.). *Handbook of administrative ethics*. 2nd ed. New York: Marcel Dekker, 2001. p. 429-455.

à corrupção ou cumplicidade que fomenta, nem ao dano à sociedade civil, causado por sua leviandade, nem à pobreza ou à miséria, nem ao tumulto ou à violência provocados por sua deserção, como se observou no chamado milagre de desenvolvimento econômico da Ásia¹².

A Igreja Católica, que não se empolga com a filosofia leiga, vê aspectos positivos na moderna economia de empresa, e apóia na encíclica *Centesimus Annus* o livre mercado, desde que devidamente controlado pelas forças sociais e estatais. Advoga que, por meio dessa vigilância democrática, se atingem fins superiores¹³. Entretanto, o governo não sabe como intimidar os grupos privados para que deixem de cometer atos nocivos. As agências governamentais também se encontram entre os ofensores. O que se requer são novas formas de cooperação e participação voluntária, em lugar de coerção. Assim como as autoridades públicas devem inspirar confiança para se autotutelarem, têm elas que influenciar o setor privado para que este encontre soluções próprias, coerentes com o interesse público, dando-lhes ou oferecendo-lhes, sem que solicitem, incentivos públicos para bem atuarem. Assim como para socializar aos filhos adolescentes os pais de família têm que adotar métodos distintos dos que usam com os filhos menores, as corporações públicas também têm que adotar modos distintos de atrair os grupos privados, e arriscar-se até que seus esforços fracassem, se não completamente, aquém mesmo de um rendimento aceitável. Em algumas áreas do comércio privado nem sequer se pode pensar em correr esse risco, pois as conseqüências de comerciar com armas atômicas, biológicas e químicas, ou com narcóticos e outros produtos nocivos são por demais desastrosas: portanto, a coerção é inevitável. Mas existem áreas da atividade humana menos ameaçadoras, nas quais se enfrentam riscos para estimular os grupos privados à adoção de uma nova parceria com a política pública.

Os governos e os mercados não são rivais nem competidores. Fazem coisas distintas de maneira diversa, segundo diferentes valores e objetivos. Complementam-se uns aos outros. Mas cada qual deve saber seu lugar adequado, num processo lento e doloroso que requer uma identificação mais clara dos limites de cada qual. O gerenciamento do mercado com recursos públicos é tão incorreto quanto o gerenciamento do setor público com meios comerciais ou privados. Entretanto, existem agora áreas completas do setor público em que o mercado e outras organizações não-governamentais atuam em nome do governo; nas quais o mercado e a conduta privada predominam nas atividades públicas; em que os objetivos públicos são deslocados pelas agendas privadas; em que se espera que as corporações privadas atuem como agências do governo; em que se estimulam os servidores públicos para que atuem como gerentes privados. Nas quais, em síntese, há muita confusão, muita contradição, grave descuido do dever e da responsabilidade para com o interesse público, e gerenciamento inadequado, com necessidade de redefinir princípios básicos da conduta vigente. Necessita-se revisar tanto o significado do profissionalismo no setor público quanto no setor privado¹⁴.

¹² Idem, p. 429-430.

¹³ Carta Encíclica *Centesimus Annus*. Bahia: Fundação Aloysio Penna, 1991.

¹⁴ Observe-se, nesse sentido, que a eficiência do setor público e a capacidade do Estado de formular e implementar políticas públicas dependem de sua estrutura administrativa e da estrutura social na qual está inserida. Chega-se, por esse raciocínio, ao paradoxo do neoliberalismo, porquanto para reduzir o tamanho do Estado (para ter o Estado mínimo) é preciso ter um Estado forte.

O mais relevante é saber se o indicado para um cargo de responsabilidade em qualquer organização, pública ou privada, realmente sabe distinguir o bem do mal, se procura ajuda para seus dilemas morais cotidianos no trabalho, se elege o caminho do respeito próprio, da honestidade e da integridade, e se resiste às múltiplas tentações que podem afastá-lo do rumo correto. Em função das mudanças ocorridas nas duas fronteiras, não se pode garantir que saiba diferenciar o bem do mal, o comportamento correto do incorreto, muito menos quando todo o aparato do próprio governo pode não estar em sincronia com a sociedade e atuar de modo desonesto, quando as elites políticas e burocráticas se comportam com aparente impunidade, quando os colegas continuam decepcionando ou ocultando seus feitos, quando os cidadãos se conformam e não protestam, e quando a própria consciência se encontra confusa com tantas contradições, confusões e ambigüidades. Nesse contexto, há necessidade de se enfatizar a premência de que impere uma mesma moral nas organizações, públicas ou privadas, governamentais ou não-governamentais. Em suma, o mesmo conjunto de normas morais e a mesma expectativa de integridade pessoal devem ser universais. Não pode haver uma norma ética para um grupo de pessoas e outra para outros, pelo menos não enquanto transacionem ou interajam. Esse tem sido o conceito cada vez mais defendido na comunidade internacional, por acadêmicos e líderes, tanto no setor público como no privado, ainda que aplicado muito longe do ideal¹⁵.

2 A natureza mutável da ética do serviço público

Questiona-se se a ética atual é diferente daquela em uso no passado. Parece que as pessoas se deram conta de que o dano não decorre tanto da desonestidade individual quanto da improbidade das organizações. Sabem que dependem de uma atuação eficiente, responsável e honesta das instituições. Ainda que se possam defender do indivíduo perigoso, é mais difícil obstar as organizações ímprobas que estejam dispostas a praticar o mal, como, por exemplo, as que distribuem armas de destruição massiva; as que envenenam a água e os alimentos, inclusive o ar que se respira; as que cometem genocídio ou outros crimes atrozes contra a humanidade; as que nada fazem para melhorar o destino da humanidade. Por que as pessoas organizadas em grupo são capazes de praticar atrocidades que nunca fariam como indivíduos? Qual é a mística ou o poder que possuem as organizações para conseguir que as pessoas façam o que não desejam fazer? Quais são as implicações éticas? Por que não se dá relevância aos estudos de Hannah Arendt sobre a banalização do mal¹⁶? Por que as burocracias perversas conservam registros detalhados de seus delitos? Por que a história da humanidade é tão pródiga de vítimas e ofensores?

¹⁵ No Brasil, encontram-se atualmente em vigor leis e decretos que tratam, às vezes com extremo rigor, de infrações de princípios éticos por ocupantes de cargos públicos. O mais recente é o Código de Conduta da Alta Administração Federal (DOU, de 22 ago. 2000, Seção 1, p. 2).

¹⁶ ARENDT, Hannah. *On violence*. New York: Harcourt, Brace and Wood, 1969.

Poucos têm-se dedicado a responder a essas perguntas. É louvável que alguns tenham tentado fazê-lo. Há um quarto de século isso seria mesmo inconcebível. Então se falava pouco da ética no serviço público e da própria necessidade de reforma. Discutia-se ética médica, ou mesmo ética das profissões. Mas não ética burocrática, ética oficial¹⁷. A visão era dicotômica. Havia dois pólos opostos com muito pouco no meio. Em um extremo, a imagem do servidor público modelo: desprendido, virtuoso, trabalhador, devotado e leal, exemplificado pelos serviços civis da maioria das democracias da Europa Ocidental e Austrália. Identificavam-se tecnicamente pelo sistema de mérito, com funcionários de carreira, qualificados, competentes, neutros, independentes, éticos, modestos, responsáveis, confiáveis, vocacionados em trabalhar para o interesse público. No outro extremo, estava o resto, pertencendo ao sistema clientelista, corporativo, nepotista, selecionados por critério político, preparados para a partilha do cargo público, servilistas, corruptos, enredados em sistemas igualmente corruptos com medidas institucionais defeituosas, composta de pessoal formado por selecionadores e selecionados, ambos suspeitos.

A dimensão ética se reduzia praticamente ao debate, no início dos anos quarenta, entre Herbert Finner e Carl Friedrich¹⁸ sobre a eficácia dos controles, internos ou externos, para assegurar uma boa conduta por parte dos servidores públicos. Utilizava-se um método bastante simples e superficial. Entretanto, essa simplificação não se justificava. Os regimes comunista e fascista utilizaram burocracias totalitárias para impor suas ideologias. Do mesmo modo, regimes chauvinistas e xenófobos colocavam os interesses nacionais acima dos demais. O fim justificava os meios, até os mais terríveis. Esse comportamento não cessou com o fim da guerra, nos anos quarenta, e a sua permanência proporcionou exemplos a muitos Estados novos independentes que nele se inspiraram. Agregado a isso surgiu uma legião de pragmáticos, racionalistas e legitimadores do *statu quo* para amortecer qualquer possibilidade de debate posterior. O papel dos cientistas sociais era o de explicar, e não o de moralizar¹⁹.

Os aspectos mais óbvios do após-guerra não foram revisados, como a crescente burocratização do esforço humano, o poder cada vez maior da exigência organizacional, a ampliação do papel do especialista perante o leigo e do profissional sobre o amador, as relações incestuosas cada vez mais freqüentes entre o grande governo e as grandes empresas, e o encolhimento do homem comum. A atenção desviou-se para o fenômeno do próprio interesse burocrático, ou seja, de como se inflaram as burocracias, como mudaram seus objetivos, como colocaram seus próprios interesses carreiristas no palanque público, de como se beneficiaram às custas dos outros. Entretanto, os burocratas afirmavam saber o que era melhor ou exigiam o monopólio de talentos especiais na governança moderna.

¹⁷ Caiden e Dwivedi (Official ethics and corruption. In: *Where corruption lives*, cit., p. 245-255) observam a existência, então, de estereótipos bem-definidos. Vagamente se tinha idéia da necessidade de uma codificação da ética pública, mas com dúvidas quanto aos seus efeitos. Ou os servidores sabiam o que era ética ou desconheciam. Se sabiam, não havia por que dizer o óbvio, se não sabiam, nada seria de muita ajuda, nem mesmo um código.

¹⁸ FRIEDRICH, C. J. Responsible government service under the American Constitution. In: *Problems of the American public service*. New York: McGraw Hill, 1935. p. 3-74. Ver também FINER, H. Administrative responsibility in democratic government. *Public Administration Review*, v. 1, n. 4, p. 335-350, 1941.

¹⁹ CAIDEN, G. E. Corruption and democracy. In: *Where corruption lives*, cit., p. 227-244.

Mantinhm-se, sobretudo, bastante ativos por trás dos bastidores onde quer que os regimes políticos se fragmentassem, se dividissem ou passassem a ser governados por coalizões instáveis de partidos opostos, onde ninguém permanecia por muito tempo em cargo público. Nessas circunstâncias, quem governava realmente? Quem tinha, de fato, poder decisório? Quem era capaz de ver um pouco mais além do horizonte?

Uma vez colocadas essas questões, surgiram outras: Como poderia a ética do serviço público separar-se do seu contexto? Como poderia diferenciar-se de qualquer outro tipo de ética? Como poderia isolar-se a integridade do serviço público de um mar de mesquinhez política e empresarial? Uma vez que tantas empresas públicas eram administradas em segredo, como poderia qualquer pessoa alheia saber o que realmente sucedia? Quanto se escondia desnecessariamente e no interesse de quem? Quanta coesão era necessária para esconder a poeira e as mãos sujas? Como poderia um conjunto de normas morais alcançar tantas atividades públicas distintas? De que modo estava a nova tecnologia destruindo os modos tradicionais de pensar e de atuar? O que se passava nessa zona intermediária cada vez mais ampla entre ambos os pólos, nessa crescente área cinzenta que não era nem preta nem branca nem possuía uma direção verdadeira?

Antes que se pudessem assimilar algumas respostas convincentes, a estrutura ruiu. A confiança do público nas instituições públicas desvaneceu-se. No mundo todo, mais e mais povos se desiludiram com seus sistemas de governo. O fascismo foi tão ruim quanto o comunismo e o socialismo. Também tinham confiado nas burocracias totalitárias, ou seja, nas mesmas formas de organização, com os mesmos resultados desastrosos. Os governos pós-coloniais não foram melhores do que os coloniais, pois se serviram das mesmas estratégias e da mesma hipocrisia. Até mesmo as democracias-modelo foram excessivamente boas para serem corretas. Os interesses particulares triunfaram sobre o interesse público no loteamento dos cargos públicos. Os burocratas foram tão suscetíveis à tentação quanto qualquer outro. A distorção alcançou a comunidade internacional com escândalos que possivelmente surgiram primeiro na Unesco e logo depois em organismos das Nações Unidas, na própria ONU, nos bancos de desenvolvimento regional, na Otan, na União Européia, e recentemente nas organizações não-governamentais, inclusive na organização das Olimpíadas. O que falhou de maneira tão generalizada na ética do serviço público? Por que se levou tanto tempo para descobrir esses delitos públicos? Fracassaram tanto que já não se podia confiar em organizações desse tipo²⁰?

3 Algumas tendências na reforma da ética do serviço público

Mas esses tristes eventos não foram completamente ignorados. Pelo contrário, a complacência com que foram aceitos cedeu lugar à preocupação. Reuniram-se diversos grupos de interessados para lidar com o problema em escala mundial, para planejar reformas que atualizassem e modernizassem a ética do serviço público. Pretendia-se restaurar

²⁰ CAIDEN, G. E. Undermining good governance: corruption and democracy. *Asian Journal of Political Science*, v. 5, n. 2, p. 1-22, dec. 1997.

parâmetros anteriores ou, pelo menos, sedimentar o respeito à ética do serviço público e, assim, enfrentar os problemas que provavelmente surgiriam nas próximas décadas, e à medida que pudessem ser antecipados. Tentaram não ficar apenas no nível do discurso público, usado habitualmente para denegrir a instituição governamental, o conceito de serviço público e a imagem dos servidores de carreira. Procuraram ter uma atitude civilizada, otimista, criativa e influenciável.

Segundo Caiden (1988), no último quarto de século, esses grupos deram origem, pelo menos, a três transformações básicas. São importantes porque representam a maioria das tendências atuais na implantação da reforma da ética no serviço público, a saber: publicidade/transparência; capacidade institucional e enfrentamento da corrupção²¹.

Para começar, os reformadores foram vítimas de seus próprios êxitos, sobretudo ao livrar o mundo dos tabus que contornam o tema da ética no serviço público. As pessoas já não se calam, salvo naqueles regimes mais repressores. Ainda aí, a tecnologia da informação supera a repressão. Países que antes não permitiam o debate público agora admitem abertamente seus problemas relacionados à ética no serviço público e buscam ajuda internacional. As organizações internacionais, que antes contornavam o tema, agora defendem as reformas da ética no serviço público e enaltecem seus esquemas para proporcionar assessoria técnica aos que buscam ajuda nesse aspecto. Os livros, que antes não tratavam do tema, agora incluem quase que compulsoriamente capítulos sobre educação e capacitação dos servidores públicos. Uma avalanche de novos livros, periódicos e artigos especializados em ética do serviço público ameaça sufocar os leitores. Existe hoje um debate aberto e franco sobre o tema. Isso constitui uma transformação de surpreendente sucesso em apenas duas décadas. Merecem crédito os meios de comunicação de todo o mundo que denunciaram sem medo a corrupção na função pública, freqüentemente com grandes custos e muito sacrifício.

Não se podem ignorar os esforços da Transparência Internacional (TI), fundada há menos de uma década pelo pioneiro Peter Eigen, que quase sem ajuda se dedicou tenazmente a destruir os tabus e a defender a transparência na condução de todos os negócios públicos. Essa organização se converteu em fonte de reforma da ética no serviço público e mantém arquivo atualizado da maior parte das campanhas de reforma. O que se lamenta são os excessos da mídia em mostrar a má conduta das autoridades, em que nada é sagrado e os exageros distorcem a realidade, intimidando, perseguindo e acusando injustamente o alvo da publicidade, desencorajando até bons candidatos a cargos públicos ou fazendo-os, ao menos, pensar duas vezes. Talvez a necessária transparência tenha avançado demasiado na vida pessoal e privada dos que ocupam cargos públicos, de modo sensacionalista, mas a tendência é a de readquirir-se o equilíbrio. A retidão tem limites bastante estreitos, e a mensagem é a de que não se pode tergiversar sobre a verdade sem enfrentar conseqüências adversas, quando desperte a indignação pública.

²¹ CAIDEN, G. E. Toward a general theory of official corruption. *Asian Journal of Public Administration*, n. 10(1), p. 3-26, 1988.

O debate sobre a codificação das normas éticas terminou com a vitória vantajosa dos codificadores que afirmaram convincentemente que implicaria grande benefício, sem muitos custos. Seus esforços revelaram a dificuldade de colocar no papel os costumes desarticulados que supostamente regiam ou deveriam reger a ética do serviço público. Encontrar a palavra adequada não foi a única dificuldade, mas também os resquícios ambíguos, contraditórios, com normas duplicadas e com sofismas. Quando encontraram uma solução satisfatória, a tarefa seguinte foi convencer as organizações a adotarem o código, verificar que todos entenderam suas disposições e assegurar-se de que seriam acatadas. A seguir, veio a tarefa mais difícil, de estabelecer um marco para os códigos legais e fazer-lhes as emendas necessárias para que tivessem ressonância seus preceitos morais e institucionalizar os acordos para que a lei fosse obedecida sem discriminação, temor ou favoritismo²². Alastrou-se com rapidez essa tendência de codificar as normas institucionais mais importantes, assinalando a necessidade de uma revisão detalhada e de uma reforma dos sistemas judiciais e legais, da educação e da capacitação profissionais, dos acordos extrajurídicos (como fiscalizações especiais), novos recursos de investigação e legais (como inspetores gerais, mecanismos de demanda), novos métodos de acesso às informações (linhas diretas, proteção de testemunhas e informantes, agentes encobertos) e ataques combinados contra uma ampla variedade de atividades do crime organizado. Em suma, a codificação cresceu até converter-se em elaborada e custosa campanha de reforma, que, virtualmente, cobre todos os aspectos da condução dos negócios públicos.

Na realidade, o conceito que se utiliza agora é “governança” para indicar o quanto se tornou inadequado o termo “governo”, usado para as reformas que só se concentram na máquina governamental, e visando a incluir todos os grupos abrangidos pela moderna estrutura do Estado (o que significa praticamente todo o mundo, cada residente, cada contribuinte, cada beneficiário da assistência social, cada concessionário, e cada pessoa que recebe dinheiro público). Não se limita, pois, aos servidores de carreira, aos empregados públicos *lato sensu* e seus chefes. Obviamente, muitos outros fatores são responsáveis por essa explosão da reforma administrativa, e a tendência à codificação bem pode ter sido incidental. Mas o efeito total da reforma da ética no serviço público tem sido profundo, com a revisão de acordos internos, que vão desde o nível mais elevado das organizações globais, internacionais, até o nível mais próximo da comunidade local, sobretudo no que se refere ao impulso da democratização e aperfeiçoamento da cultura cívica. Esse processo, uma vez iniciado, é contínuo e interminável. É um processo que vincula o passado com o futuro, o que foi com o que será, ou ao menos com o que deveria ser. E apresenta, como nunca antes, enormes oportunidades e desafios para a reestruturação da ética no serviço público. É, pois, o momento adequado para que as instituições se engajem e com ele colaborem.

²² Caiden, em “Tendencias actuales en la ética del servicio público” (*Gestión y Política Pública*, cit., p. 246), observa que, logicamente, os que desejavam burlar as disposições éticas encontraram formas de escapar, provocando, conseqüentemente, a necessidade de sua reformulação. Isso se converteu, atualmente, num círculo vicioso sem fim, o que é uma conseqüência imprevista da codificação.

Viabiliza-se, portanto, o confronto mundial à corrupção, a verdadeira antítese da ética no serviço público. Essa relevante mudança, ocorrida no último quarto do século XX, fundada no reconhecimento de que a corrupção é a maior disfunção para o progresso humano e para o desenvolvimento mundial, é, sem dúvida, auspiciosa. Há testemunhos de várias tentativas de se acabar com a corrupção. Algumas desastrosas, outras que tiveram êxito por um período limitado.

De algum modo, a corrupção renasce e se propaga continuamente, e por aprender com os erros anteriores, o corrupto se torna mais astuto e mais difícil se torna tirá-lo dos cargos públicos. A era da informação proporciona poderosos instrumentos para atacar a corrupção, como também novas formas de incentivá-la. A fraude perpetrada com o uso dos computadores constitui uma preocupação crescente. É negócio que se alastra, no qual as provas podem ser destruídas instantaneamente. As imagens podem falsificar a realidade, pois se pode recriar a história. Ver não mais é crer. Os campos relacionados à medicina, à farmacologia e à biologia têm novas tecnologias que obrigam a repensar a vida e a morte, a enfermidade e a saúde, o prescindível e o imprescindível, o nocivo e o inofensivo, o tóxico e o não-tóxico. Conseqüentemente, tem-se que redefinir a corrupção, reescrever as leis e reabrir o debate sobre o que se deveria permitir ou não. Efetivamente, o debate sobre a ética no serviço público é contínuo e não se pode considerá-lo esgotado.

4 A urgência em reconsiderar a ética global

A globalização, a multiplicação de vínculos e conexões entre países e a sociedade, significa que os acontecimentos, assuntos e problemas em algum lugar do mundo têm repercussões e ramificações importantes para comunidades e indivíduos em outros lugares remotos do mundo. A nação-Estado já não é o único bloco de construção do sistema global, pois muitos outros se agregaram. Se a humanidade deve sobreviver e prosperar, a negociação e o acordo devem tomar o lugar do poder e da coerção. O objetivo deve desviar-se da segurança nacional, da soberania geopolítica e da independência para uma ênfase maior nas questões de tecnologia ambiental, econômica e de bem-estar. Mais participantes devem expressar as diferentes necessidades para atuar nos termos dos direitos e obrigações de cada indivíduo, o cidadão global²³.

Ainda que a globalização tenha se instalado entre as duas guerras mundiais e que a comunidade internacional tenha estabelecido, na década de quarenta, o que se acreditou ser um sistema global amplo para gerenciar os problemas e assuntos mundiais, o termo só foi adotado recentemente para fazer referência à propagação dos negócios internacionais em um só mercado mundial. Esse mercado universal assemelha-se à liberação dos mercados mundiais da economia do *laissez-faire* no século XIX, que implicou a intervenção do governo no âmbito nacional, principalmente no século XX, para deter os efeitos adversos

²³ Caiden (ibidem, p. 249) acentua que as instituições humanas e os mecanismos de governança devem ser reinventados, particularmente os de nível global, com demasiados protagonistas inadequados. É fundamental a necessidade de proporcionar uma distribuição eficiente dos bens e serviços globais.

do livre mercado e dos negócios irregulares, para proteger os pobres, os anciãos, os enfermos, as crianças, as mulheres, os desempregados e os incapacitados, e para proteger os valores maltratados pelas práticas mercantilistas. Provavelmente, durante o século XXI, presenciaremos a intervenção do governo no âmbito internacional, a fim de compensar os efeitos das práticas mercantis internacionais irregulares, os Estados infratores e as organizações não-governamentais sem princípios.

A maior parte dos problemas mundiais graves não pode ser atacada unicamente no âmbito nacional ou até regional. Eles têm muito em comum. Colocam-se no âmbito global. Falta-lhes formular e implementar políticas públicas organizadas e adequadas. Exigem uma estrutura institucional capaz. Demandam renovar, reestruturar e revitalizar as organizações internacionais. Necessitam de mais profissionalismo, competência gerencial, fontes de informação, investigação e recursos, e métodos adicionais de finanças internacionais e contabilidade. Em suma, requerem ação no âmbito internacional e intervenção governamental por meio de uma prestação de bens e serviços públicos globais. A lista a seguir é apenas uma sugestão de aspectos que requerem bens e serviços, mas que, até o presente momento, são totalmente carentes, insuficientes ou até mesmo inadequadamente servidos²⁴:

- implementar convênios e acordos internacionais;
- reforçar a prevenção da guerra e conservar a paz;
- perseguir os responsáveis por genocídios e crimes contra a humanidade;
- reduzir os conflitos civis, a violência e o terrorismo;
- salvaguardar as vítimas de guerras e de desastres naturais;
- garantir a segurança pública e a prevenção do crime;
- melhorar a saúde pública e a assistência social;
- promover a estabilidade econômica e o desenvolvimento;
- dar eficácia aos direitos humanos e abolir a escravidão humana e o trabalho infantil;
- minimizar a perseguição religiosa, a discriminação sexual e racial;
- proteger o meio ambiente em escala mundial;
- garantir o abastecimento de alimentos, água e outras necessidades básicas à sobrevivência;
- regular os mercados financeiros internacionais e as dívidas;
- procurar um melhor uso da terra e dos mares, do projeto urbano e da supressão de barreiras;
- ajudar aos mais pobres dos pobres;
- aumentar as oportunidades de emprego etc.

A justificativa para uma administração pública internacional ampliada será sobretudo pragmática, simplesmente porque a situação humana, sem essa intervenção, tornar-se-á, cada vez mais, intolerável²⁵. Mas, continuamente, será necessário suportá-la

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 250.

²⁵ Caiden e Valdés, em “Revitalizando o Estado do Bem-Estar Social: internacionalização e globalização” (*Revista de Direito da UPIS*, cit., p. 39-42), observam os sinais de crise e a necessidade de revitalização da administração pública.

ideológica, organizacional, financeira, política, gerencial, publicitária e eticamente. Do ponto de vista ideológico, os administradores públicos têm feito um trabalho decepcionante diante do ataque empreendido pelo mercado internacional para reduzir as intervenções públicas e governamentais nos assuntos mercadológicos e manchar a imagem do serviço público e da função governamental. Como resultado, a administração pública segue lutando uma batalha perdida contra seus críticos, embora haja tendência recente de mudança e os círculos internacionais vejam com otimismo o papel do serviço público, acreditando-se que sua pior fase está ultrapassada.

Do ponto de vista organizacional, o fornecimento desses bens e serviços públicos globais requer uma revisão da atual ordem internacional. Faz-se necessário reorganizar e revitalizar inteiramente as organizações e agências relacionadas às Nações Unidas e reformular suas respectivas missões. Também se requer a criação de uma nova infraestrutura organizacional, como uma corporação adequada e eficaz que faça valer uma Carta Universal de Direitos Humanos revisada, que se ocupe da escravidão de fato e do trabalho infantil, assim como novas corporações que administrem os acordos internacionais sobre o meio ambiente, a diminuição da pobreza, a regulação dos fluxos financeiros internacionais e outros interesses globais similares. Há que se idealizar novos métodos para financiar essa nova ordem internacional. Não se pode depender de contribuições voluntárias que possam ser retiradas a bel-prazer. Há que se ter uma base financeira muito mais sólida, permanente e garantida.

Do ponto de vista político, essa nova ordem internacional necessita do compromisso firme dos líderes públicos, além de uma defesa intransigente da democratização, da descentralização, da desregulamentação, da desburocratização e da participação cidadã para apoiar a distribuição em escala global de bens e serviços públicos. Do ponto de vista gerencial, a administração pública está muito comprometida em melhorar seu desempenho, em revisar as políticas públicas deficientemente implementadas e adotar processos melhores para a realização dos assuntos públicos. Em nenhum outro lugar é tão urgente essa necessidade como nas operações do atual sistema internacional, cujos erros de direção são bastante óbvios para aqueles que com ele tratam. No aspecto público, as populações mundiais têm que ser educadas para que entendam e apreciem os efeitos no desenvolvimento de uma distribuição de bens e serviços públicos globais equânime, eficaz e ética. As agências encarregadas dessa distribuição têm que demonstrar nos seus relatórios anuais que se aprimoram continuamente, de modo que se possam fazer comparações e identificar rapidamente o desempenho medíocre ou inadequado e corrigi-lo de modo eficaz.

Do ponto de vista ético, a ordem internacional tem que manter as mãos limpas e demonstrar aos diferentes povos que é digna de confiança e honesta, que realmente encarna valores profissionais públicos, e que evidentemente serve ao mundo e não a si mesma. Tem que frear séria e eficazmente a corrupção e o compadrio institucional. Deve demonstrar sua responsabilidade e credibilidade públicas. Sobretudo, tem que ser muito mais aberta e transparente. O menos que pode fazer é pedir um relatório público anual de todas as agências internacionais, similares aos relatórios anuais que, segundo as leis nacionais, devem apresentar todas as empresas internacionais em muitos países onde operam.

Muito do que aqui se propõe é, de fato, pouco realista e politicamente impopular. Não se esperam transformações repentinas nem milagres imediatos. Muitas das principais religiões ensinam que a ordem natural das coisas é a corrupção e a tentação de ser corrompido. Mas o Criador dá a cada pessoa a capacidade de sobrepor-se à corrupção mediante uma conduta e moral superior, para distinguir o bem do mal, para escolher entre ambos, sobrepor-se e liberar-se da influência do ambiente corrupto. Equivocando-se, pode se arrepender e reformular a escolha, manifestando, dessa forma, o divino que há em cada ser, por meio de suas boas obras, seus atos corretos, seus acordos honestos e sua aversão a todo o mal. Certamente as religiões também ensinam que o Criador estipula princípios, elabora mandamentos que devem ser aceitos incondicionalmente, e explica claramente à comunidade, e às vezes ao indivíduo, as conseqüências de escolher entre o bem e o mal. Tomando isso como guia, não se trata de imitar o Criador na busca da perfeição na ética do serviço público e dos funcionários públicos, mas sim de propor-se a realizar o possível, o acessível e o razoavelmente atingível, como seres humanos, sujeitos a falhas. Mas nem por isso deve o indivíduo descuidar-se e acreditar que cumpriu sua missão antes de aplicar o maior esforço para evidenciar que seus melhores pensamentos se traduziram em boas obras, em atos corretos, em acordos honestos e em aversão a todo o mal²⁶.

5 Conclusões

A credibilidade do público na administração pública, em geral, e nos seus governantes, em especial, tem sido afetada de crescente frustração quanto à conduta e ao gerenciamento da coisa pública.

Não obstante as diferenças culturais, existe uma concordância universal de que o agente público não se deve engajar em comportamentos dúbios ou conflituosos com o interesse público que representa. Em conseqüência, valores internalizados, como o sentimento cívico, e mecanismos de orientação, como os códigos de ética, precisam ser estimulados e introduzidos na prática da administração pública.

Corrupção é um problema central, a ser tratado com urgência, na atual abordagem do serviço público. Abala a autoridade moral, afeta a eficiência do governo, encoraja o crime organizado, agrava a carga tributária, beneficia grupos ímprobos ou destituídos de valores, e corrói a legalidade e a moralidade do Estado de Direito. Medidas especiais devem ser tomadas para neutralizar esse mal, não obstante a impossibilidade de eliminação total de atos corruptos, que afloram, surgindo oportunidades. A atuação eficaz de uma governança legítima é tornar sua ocorrência mínima e tolerável, eliminando, pois, seus efeitos negativos.

²⁶ CAIDEN, G. Tendencias actuales en la ética del servicio público. *Gestión y Política Pública*, cit., p. 252.

A LEGITIMIDADE INVESTIGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A IMPORTÂNCIA DE SUA INVESTIGAÇÃO NO COMBATE DO CRIME ORGANIZADO

*Marcela de Jesus Boldori Fernandes**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A legitimidade investigativa do Ministério Público. 2.1 A crise do inquérito policial. 2.2 O papel constitucional do Ministério Público. 2.3 A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público. 2.4 Por que o Ministério Público não poderia investigar? 3 A investigação preliminar a cargo do Ministério Público como sistema ideal e sua importância no combate ao crime organizado. 3.1 A investigação preliminar a cargo do Ministério Público como sistema ideal e as soluções para o caso brasileiro. 3.2 Crime organizado ou macrocriminalidade – definição e características. 3.3 A relevância da investigação ministerial no combate ao crime organizado. 4 Conclusão.

1 Introdução

O Decreto-Lei n. 3.689/41, Código de Processo Penal, em seu art. 4º, dispõe que a polícia judiciária é competente para a apuração das infrações penais e de sua autoria, mostrando que o legislador optou pelo sistema de investigação preliminar policial. Tal sistema, como expresso na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, era, à época da criação do referido Diploma Legal, o mais adequado à realidade brasileira, dada a vastidão do território nacional e o precário grau de organização do aparato estatal na repressão aos delitos.

Hoje, contudo, discute-se a eficácia do referido sistema de investigação preliminar, diante do grande número de procedimentos que, finda a investigação policial, retornam com pedido ministerial de realização de diligências; do expressivo número de delitos em que a investigação resta inexitosa, bem como do avanço da macrocriminalidade. Chega-se a falar em “crise do inquérito policial”.

Diante desse contexto, e considerando que a investigação criminal eficiente é de fundamental importância para a efetividade do direito penal – uma vez que reduz os números da criminalidade não apurada e evita a propositura precipitada da ação penal –, faz-se interessante estudar a possibilidade de investigação criminal pelo titular da ação penal pública, qual seja o Ministério Público, especialmente nos delitos que se enquadram na categoria crime organizado, também denominado de macrocriminalidade.

* Marcela de Jesus Boldori Fernandes é Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Maria, RS; ex-estagiária da Procuradoria da República no Município de Santa Maria/RS.

2 A legitimidade investigativa do Ministério Público

2.1 A crise do inquérito policial

Antes de estudar a legitimidade investigativa do Ministério Público, faz-se interessante analisar os motivos que levaram o legislador de 1941 a optar pelo sistema de investigação preliminar policial, bem como as razões pelas quais se fala em crise do inquérito policial.

A opção legislativa brasileira foi pelo sistema de investigação preliminar policial. Consoante a Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 3.689/41, Código de Processo Penal:

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

O preconizado *juízo de instrução*, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e *indicar* testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis.

Como se observa da simples leitura do texto, a opção do legislador em continuar com o inquérito policial foi motivada pela precária organização judiciária do país, o que o levou a descartar a investigação preliminar a cargo do juiz instrutor (proposta de Vicente Ráo em 1936).

Assim, tanto o sistema como seus métodos investigativos foram concebidos para o enfrentamento da criminalidade clássica, ou seja, para a apuração dos delitos previstos no Código Penal de 1940. Tais delitos, em regra, são crimes contra bens individuais, praticados por uma ou mais pessoas em concurso, ou, mais raramente, por uma quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal Brasileiro¹).

Diante disso, é notável que tal sistema e seus métodos são inadequados à apuração dos novos delitos como o crime organizado, os delitos de colarinho branco, os crimes contra a ordem financeira e tributária, a corrupção e outros delitos, que possuem muitas vezes caráter transnacional e utilizam-se dos mais avançados meios de tecnologia.

Analisando-se essas espécies delitivas, que somente obtêm êxito se tiverem apoio do Estado, seja pela participação direta ou pela omissão de funcionários ou agentes públicos, verifica-se a presença de outro fator da ineficiência da investigação preliminar policial, qual seja, sua natureza administrativa, ou melhor, o fato de ser a autoridade policial subordinada ao Poder Executivo.

Com efeito, o fato de a Polícia fazer parte da estrutura do Poder Executivo (e não poderia ser diferente, visto que tem como finalidade garantir a segurança pública, a qual deve ser prestada pelo Poder Executivo) acaba muitas vezes por vincular o rumo e o resultado

¹ “Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer delitos.”

das investigações aos “interesses” do poder constituído (que não se confundem com os fins e os interesses do Estado).

Nessa linha, vale destacar que a doutrina admite que o inquérito policial é uma forma de investigação em crise. Essa é, pois, a lição de Lopes Júnior (2003, p. 64):

O inquérito policial brasileiro é um bom exemplo de sistema de investigação preliminar policial, inclusive porque reflete os graves problemas e desvantagens do sistema, a tal ponto que se pode falar em crise do inquérito policial e na urgente necessidade de modificações. Esta crise está materializada no fato de que as imperfeições do nosso sistema são de tal monta que sobre o inquérito policial só existe uma unanimidade: não satisfaz ao titular da ação penal pública, tampouco à defesa e resulta de pouca utilidade para o juiz (principalmente pela pouca qualidade e confiabilidade do material fornecido).

Também compartilham dessa opinião Lemos Júnior (2002) e Álvaro Lazzarini (apud FONTELES, 2001, p. 19), que refere:

Vale concluir que não tem mais sentido a existência de um verdadeiro fosso entre o entendimento policial da ocorrência e a sua comunicação à Justiça Criminal. Isso se deve ao anacrônico inquérito policial, que é procedimento inquisitorial de reconhecida inutilidade jurídica, [...] é fonte de corrupção, gerador de violências e de fatos da descrença da população na Justiça Criminal [...].

Por essas razões, é visível que o inquérito policial está em decadência, sendo um instrumento ineficiente para apuração da criminalidade, especialmente da macrocriminalidade, contribuindo para aumentar a impunidade e, por conseqüência, a sensação de insegurança e a inefetividade do direito penal.

Constatada a superação do modelo de investigação criminal pela polícia, passar-se-á a analisar o sistema de investigação criminal a cargo do Ministério Público e a possibilidade de sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 O papel constitucional do Ministério Público

Antes de ingressar na análise da legitimidade investigativa do Ministério Público, para melhor compreender sua missão constitucional, faz-se interessante um breve estudo do tratamento constitucional da instituição.

O Ministério Público na Constituição Federal de 1988 foi erigido à categoria de instituição permanente e essencial à realização da justiça. A instituição tem como missão constitucional a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; enfim, dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, sendo indispensável à consolidação e manutenção da democracia.

Mazzilli (1993, p. 33) leciona que a atenção dispensada ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 é indicadora da consciência social da relevância da instituição, in verbis:

Indicador da consciência social que o Ministério Público tem despertado, é o atual texto da Constituição democrática de 1988, que não apenas reconheceu a importância e o papel que um Ministério Público bem aparelhado e com os predicamentos apropriados pode conferir à coletividade, como ainda assegurou à instituição novas atribuições e um relevo que jamais nenhum texto constitucional nem de longe conferiu ao Ministério Público, nem mesmo no direito comparado.

Segundo Streck e Feldens (2003), a Constituição de 1988 desvinculou o Ministério Público do Poder Executivo, retirando-o da moldura de uma sociedade individualista para uma postura intervencionista, tornando-o defensor do povo e instituição fundamental para a defesa do Estado Democrático de Direito por meio do respeito à democracia e aos direitos fundamentais-sociais. Os autores lecionam:

E o Ministério Público, alçado à condição análoga à de poder de Estado, figura, em face das responsabilidades que lhe foram acometidas, no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado e do Direito. Os princípios e as funções institucionais que lhe dão vida afiguram-se consagrados em uma Constituição democrática, a qual, afastando-o do Poder Executivo, tornou-lhe, em uma consideração pragmática, *esperança social* [...] *esperança social* poderá significar *esperança de democracia substancial* [destaque constante no original, p. 47].

Ainda, comentando as funções do Ministério Público no Estado Democrático de Direito, Streck e Feldens (2003, p. 48) apontam que a atuação do Ministério Público na proteção aos direitos fundamentais-sociais dá-se por meio de uma dupla intervenção, ou seja, pela utilização de remédios constitucionais para a tutela de direitos fundamentais, coletivos e difusos, e na seara criminal

[...] atuando, com legítima prioridade, no combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República (construção de uma sociedade justa e solidária). E essa atuação na seara criminal – isso é fundamental – implica a disponibilização, em favor do Ministério Público, de um aparato estrutural e funcional apto ao cumprimento do desiderato constitucional.

Destarte, é o Ministério Público função independente e essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, tendo por escopo a tutela dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais, cabendo-lhe a utilização de todos os instrumentos constitucional e legalmente previstos para a consecução desse fim.

2.3 A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público

A possibilidade de investigação preliminar a cargo do Ministério Público é assunto polêmico, discutido desde longa data no Brasil, e que ganhou destaque pela recente decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Habeas Corpus

n. 81.326-7, do Distrito Federal, relatado pelo ministro Nelson Jobim e publicado no *Diário da Justiça* em 1º de agosto de 2003, que, de forma unânime, diz não ter o Ministério Público legitimidade para realizar investigação preliminar criminal por não estar autorizado pela Constituição Federal. Nessa onda, o Partido Liberal propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido cautelar, visando à decretação da inconstitucionalidade dos arts. 7º e 38 da Lei Complementar n. 75/93 e dos arts. 26 e 80 da Lei n. 8.625/93 (ADI n. 2.943).

Em meio a tais discussões, e diante da realização de investigações preliminares no âmbito criminal por diversas Promotorias de Justiça e Procuradorias da República, faz-se interessante analisar, observando o papel constitucional do Ministério Público, o que a Constituição e o ordenamento jurídico brasileiro oferecem para elucidar a questão.

Como se destacou no item acima exposto, a Constituição Federal de 1988 deu nova roupagem ao Ministério Público, erigindo-o em função essencial e independente de qualquer dos três Poderes, destinada à defesa do Estado Democrático de Direito, de seus valores e interesses fundamentais, e em defensor da sociedade. Assim, o Ministério Público tornou-se um instrumento para a consecução de uma sociedade mais justa e solidária.

Acerca das funções do Ministério Público, é importante destacar o teor do art. 129 da Constituição Federal, o qual, por meio de um elenco de atribuições não-taxativo, desenha seu perfil constitucional, explicitando suas funções institucionais, e entre elas atribui ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública, e também:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instrução de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Da leitura do texto do artigo extrai-se a possibilidade de que o Ministério Público, além de poder requisitar a instauração de inquérito policial e a realização de diligências investigativas à polícia judiciária, instaure seus próprios procedimentos administrativos para apuração de fatos delituosos. No mesmo sentido, são os arts. 7º, I, 8º e 38 da Lei Complementar n. 75, de 1993, a qual dispõe sobre o Ministério Público da União e é aplicável aos Ministérios Públicos Estaduais por força do art. 80 da Lei n. 8.625, de 1993. Também a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei n. 8.625/93, em seu art. 26, incisos I e V, prevê a instauração de procedimentos administrativos de caráter preparatório.

Portanto, da análise dos dispositivos da Constituição Federal, bem como das Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Estados, verifica-se que possibilitam, de forma expressa e inquestionável, ao Ministério Público a instauração de procedimentos administrativos e a realização de diligências investigativas, o que se coaduna com seu papel constitucional.

Salienta-se que, ao disporem ser função institucional do Ministério Público a instauração de procedimentos administrativos, nem a Constituição, tampouco a Lei Complementar n. 75/93 e a Lei n. 8.625/93 restringiram a aplicação da norma. Ou seja, não mencionaram se tais procedimentos seriam cíveis ou criminais, o que possibilita o entendimento de que pode o Ministério Público, dentro de sua área de atribuição, instaurar procedimento para embasar a propositura de ação, seja na seara civil ou criminal.

Há posicionamentos diversos. Muitos juristas entendem que a Constituição Federal, quando previu a possibilidade de que o Ministério Público instaurasse procedimento administrativo e realizasse diligências investigativas, o fez tão-somente para o âmbito cível, referindo-se ao inquérito civil. Entretanto, não há como concordar com tal pensamento, primeiro porque, da simples leitura do Texto Constitucional, verifica-se que, enquanto o inquérito civil está previsto no art. 129, III, da CF/88, a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos está disposta no art. 129, VI, da Constituição.

Ora, pensar dessa forma é entender que o constituinte carecia de ordenação lógica do pensamento, pois teria tratado do mesmo assunto, no mesmo artigo, de forma descompassada. Outro fato que refuta o argumento de que o constituinte referir-se-ia ao inquérito civil quando trata dos procedimentos administrativos, é que não teria coerência o legislador nominar de forma distinta dois institutos idênticos. Desse modo, não há como compreender, pela simples interpretação gramatical e lógica, que o constituinte tenha se utilizado das expressões “inquérito civil” e “procedimento administrativo” como se fossem sinônimas, embora se possa entender que aquele é espécie do gênero procedimento administrativo.

Nessa esteira, vale citar a manifestação de Mazzilli (1993, p. 167):

No inc. VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delictis*: se os procedimentos administrativos a que se refere esse inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. Certo é, pois, que a própria Constituição lhe confere a promoção do inquérito civil, caso típico de procedimento administrativo de atribuição ministerial.

Dessa forma, pode-se concluir que a Constituição Federal de 1988, bem como as Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos Estaduais, previram expressamente a possibilidade de investigação preliminar pelo Ministério Público, por meio do que denominaram de procedimento administrativo.

Um outro argumento, de natureza supralegal, que ampara a realização de investigação preliminar pelo Ministério Público é a Teoria dos Poderes Implícitos. Essa Teoria, consoante a lição de Andrade (2001, p. 29-30) foi utilizada pelo juiz da Suprema Corte norte-americana John Marshall, no caso *McCulloch vs. Maryland*, sendo estudada no direito brasileiro por Rui Barbosa e Pinto Ferreira.

Tal teoria assevera que as Constituições somente dispõem sobre normas gerais acerca das atividades dos poderes e órgãos que criam, cabendo a eles a utilização dos meios necessários para atingirem os fins que lhes são impostos, ou seja, os órgãos têm os poderes indispensáveis ao exercício da atividade-fim prevista na Constituição Federal. Aplicando-se essa teoria ao estudo dos poderes investigativos do Ministério Público em matéria criminal e considerando que ele é o titular da ação penal pública, bem como que a propositura dessa é regida pelo princípio da obrigatoriedade², não há como negar ao Ministério Público o poder de colher provas para obter os elementos necessários à propositura da ação.

Ora, considerar que o Ministério Público está vinculado à atividade investigatória da polícia judiciária seria acabar com sua independência e inviabilizar o exercício de sua função constitucional. De fato, se se pensasse que o Ministério Público não tem poder para a apuração de delitos, acabar-se-ia vinculando sua missão constitucional – a promoção, de forma privativa, da ação penal pública – ao interesse de um órgão submetido ao Poder Executivo, tornando-o, por consequência, também vinculado a esse Poder.

Com o fim de síntese, vale transcrever a lição de Andrade (2001, p. 63-64):

A viabilidade da investigação já estaria ínsita à titularidade da ação penal, ao controle externo da atividade policial e à defesa da ordem jurídica.

Caberia, isto sim, aos que negam a aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos ao Ministério Público a cabal demonstração e comprovação de seu entendimento. E como não há nenhuma norma que expressamente impeça o Ministério Público de investigar, de mera inconformidade, voltada para a preservação de interesses menos nobres, não passaria o entendimento daqueles, pois, na lição de Marshall, todos aqueles que atuassem de maneira a obstaculizar os efeitos ou negar a existência dessa teoria estariam a laborar, em suma, contra os interesses da Nação.

No mesmo sentido, pela aplicabilidade da Teoria dos Poderes Implícitos, manifesta-se Lopes Júnior (2003, p. 155):

² O princípio da obrigatoriedade, também denominado de princípio da legalidade, consoante a lição de Tourinho Filho (2001, p. 313) significa que se o Ministério Público tiver elementos mínimos que embasem a propositura da ação, deve fazê-lo.

Resulta óbvio que se o legislador atribui ao MP a titularidade da ação penal pública – atividade-fim – deverá conceder-lhe também os meios necessários para alcançar de forma mais efetiva esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar sob o seu mando.

Também Streck e Feldens (2003, p. 85), analisando a compatibilidade da investigação preliminar ministerial com a finalidade constitucional da instituição, concluem:

Resulta nítida a relação *meio-fim* exurgente do cotejo dos dispositivos legal (art. 8º, V, da LC n. 75/93, congruente à dicção do art. 26 da Lei n. 8.625/93) e constitucional (art. 129, I, da CRFB), a dar acolhida, portanto, à terceira – e última – das condicionantes impostas pelo art. 129, IX, da Constituição.

Ressalte-se, também, que a possibilidade de investigação preliminar ministerial é admitida por considerável parcela da doutrina brasileira, destacando-se Capez (2001), Streck & Feldens (2003), Lopes Júnior (2003), Andrade (2001), Conceição (2001), Lemos Júnior (2002) e Santini (2001), entre outros autores.

Logo, a possibilidade de investigação preliminar criminal pelo Ministério Público está expressamente prevista na Constituição Federal e nas leis que regem tanto o Ministério Público da União quanto os Ministérios Públicos Estaduais e, ainda, se assim não fosse, pela missão constitucional do Ministério Público e considerando a aplicabilidade da Teoria dos Poderes Implícitos, mesmo sem previsão constitucional ou legal, seria possível que o órgão realizasse investigação preliminar de forma direta.

2.4 Por que o Ministério Público não poderia investigar?

Não obstante a clareza do art. 129, VI, da Constituição Federal, bem como dos arts. 7º, inciso I, 8º, 38 e 150 da Lei Complementar n. 75/93 e do art. 26 da Lei n. 8.625/93, há manifestações doutrinárias e jurisprudenciais contrárias à investigação criminal ministerial, razão pela qual se faz interessante, e até mesmo necessário para a consecução dos objetivos deste artigo, o estudo dos argumentos utilizados por essa corrente.

O primeiro argumento dos que propugnam pela ilegitimidade do Ministério Público para a realização de investigação criminal preliminar é o de que historicamente, no ordenamento jurídico brasileiro, é a polícia quem tem funções de investigação. Tal argumento foi utilizado no voto do ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, no julgamento do já mencionado Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 81.326-7/DF, o qual, de maneira enfática, afirmou: “A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias é de atribuição exclusiva da polícia”.

Embora não se questione o saber jurídico do julgador, considera-se que tal argumento não pode ser admitido. O julgador faz um retrospecto histórico, mencionando a rejeição da proposta de Vicente Ráo (investigação preliminar a cargo de um juiz de instrução) pelo Código de Processo Penal de 1941, e segue afirmando que a Constituição Federal de

1988 manteve a tradição, assim como projetos de emenda constitucional que alteravam a titularidade da investigação preliminar foram rejeitados. Ainda, cita precedentes da Corte, entre eles alguns em que participou do julgamento.

Todavia, o método histórico utilizado não tem o condão de suprimir a redação do art. 129, VI, da Constituição Federal, nem dos artigos da LC n. 75/93 e da Lei n. 8.625/93, tampouco a análise histórica pode modificar o sentido das normas constitucionais. Da mesma forma, não se pode esquecer que o processo evolutivo – e aí também se incluem a concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito e a efetivação das garantias e direitos previstos na Constituição Federal de 1988 – faz-se pelo rompimento de paradigmas.

Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Streck e Feldens (2003, p. 67):

Definitivamente, não se pode olhar o novo texto com os olhos do velho. Essa relação hermenêutica entre texto e norma deve ser aplicada não somente à interpretação doutrinária, como também ao uso de decisões jurisprudenciais anteriores à Constituição. *Decisões de tribunais (precedentes) também são textos jurídicos, que devem receber a respectiva norma* (sentido) [destaque constante no original].

Da mesma sorte, o argumento de que a investigação preliminar em matéria criminal é atribuição exclusiva da polícia judiciária³ provém de uma leitura equivocada e descontextualizada do art. 144, §§ 1º, IV, e 4º, da CF/88. O referido artigo dispõe sobre segurança pública, definindo as espécies de polícia e suas funções, sendo que no § 1º, IV, estipula que cabe à Polícia Federal “exercer com exclusividade as funções de polícia judiciária da União”.

Contudo, a expressão “com exclusividade” diz respeito às outras espécies de polícia, matéria tratada pelo artigo, e não ao Ministério Público. Da mesma forma, o argumento da exclusividade da investigação criminal mostra-se incongruente com a Constituição Federal, pois ela mesma prevê a possibilidade de instauração de procedimentos administrativos investigatórios pelo Ministério Público (art. 129, VI), assim como poderes investigativos para as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º). Outrossim, o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal possibilita que outras autoridades realizem investigação criminal.

Um outro argumento utilizado em julgados e na doutrina (HABIB, 2003) é que a investigação preliminar ministerial seria uma deturpação do controle externo. Tal argumento também não merece acolhida, uma vez que a investigação ministerial é atividade distinta da realização do controle externo da atividade policial.

Com efeito, o controle externo da atividade policial é previsto no art. 129, VII, da CF/88 e, segundo Mazzilli (1993, p. 172-174), consiste na verificação da regularidade do trabalho da polícia judiciária, como, por exemplo, visitar delegacias, aferir se as comunicações de crimes estão sendo apuradas, se as requisições do Ministério Público são

³ Nesse sentido manifestam-se Marques (2003), Taquary (2003) e Penteado Filho (2002).

atendidas, dentre outras atividades. De outra face, a instauração de procedimentos investigativos pelo Ministério Público (art. 129, VI, da CF/88) é atividade ministerial sem qualquer relação com a atividade da Polícia, exercida de forma autônoma e independente pelo *Parquet*. São, pois, atividades diversas.

Por sua vez, citando o controle externo da atividade policial, há, por alguns, objeção à investigação ministerial por entender que ela ficaria sem controle. Tal tese também é absurda. É cediço que o controle da legalidade, tanto da fase pré-processual quanto da fase processual, apesar de também ser realizado pelo Ministério Público, é função primordial do Poder Judiciário, sendo essa a tarefa do juiz, como terceiro imparcial, razão pela qual é impossível admitir o argumento de que a investigação a cargo do Ministério Público ficaria sem controle.

Nessa esteira, outro argumento contrário à investigação preliminar ministerial é de que sua realização acabaria com a imparcialidade do órgão. Tal alegação também é inaceitável. É certo que o Ministério Público é um sujeito processual singular, pois ao mesmo tempo em que é parte atua como *custos legis*, sendo que nessa condição pode impetrar *habeas corpus* em favor do réu e alegar nulidade absoluta que o beneficie. Essa situação, contudo, não se confunde com imparcialidade, a qual é afastada pela Súmula n. 234 do Superior Tribunal de Justiça: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Lopes Júnior (2003, p. 92) refuta veementemente o argumento da imparcialidade do Ministério Público:

[...] Por isso, a imparcialidade do MP não só é infundada como também é molesta. Quanto maior é a parcialidade das partes, mais garantida está a imparcialidade do juiz, de modo que a pretendida imparcialidade do MP vem de encontro à necessidade natural de sua existência. Em outras palavras o processo penal e o juiz necessitam de que a parte seja parte; é imprescindível sua parcialidade.

Em razão disso, o argumento de que o Ministério Público, ao atuar na fase investigatória, acabaria com sua imparcialidade é falacioso. O Ministério Público, que é parte no processo penal, quando atua na investigação preliminar trabalha no interesse da sociedade, buscando a apuração real dos fatos e a promoção da Justiça, cabendo ao investigado, se considerar abusiva a atuação do órgão, buscar a tutela jurisdicional.

Por fim, há ainda quem diga que a investigação realizada pelo Ministério Público viola o princípio da legalidade. Tal tese é inaceitável porque, como já enfatizado neste artigo por diversas vezes, a investigação preliminar ministerial encontra amparo constitucional e legal.

Dessa forma, analisando-se os argumentos mais utilizados para refutar a legitimidade investigativa do Ministério Público, verifica-se que não resistem a uma análise mais aprofundada, principalmente se analisados em cotejo com a função constitucional do órgão. Por essas razões é possível concluir que o Ministério Público, no ordenamento

jurídico vigente no Brasil, tem legitimidade constitucional e legal para realizar investigações preliminares criminais.

Nesse sentido é o entendimento majoritário das 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, órgão encarregado de harmonizar a legislação infraconstitucional. Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal em várias decisões – inclusive do Órgão Pleno no julgamento do Mandado de Segurança n. 2172920/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 5/10/1995, publ. no *DJ*, 19 out. 2001, p. 33), bem como da própria 2ª Turma, no julgamento do Habeas Corpus n. 77371-3/SP (Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 1º/9/1998, publ. no *DJ*, 23 out. 1998, p. 4) – reconheceu a legitimidade investigativa do Ministério Público.

Ademais, faz-se interessante referir que, em 12 de novembro de 2003, foi apresentada, no Plenário da Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda Constitucional n. 197/2003 que visa a alterar a redação do inciso VIII do art. 129 da Constituição Federal, a fim de prever expressamente a possibilidade de que o Ministério Público realize investigações criminais, sendo que a redação proposta é: “VIII – promover investigações, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

3 A investigação preliminar a cargo do Ministério Público como sistema ideal e sua importância no combate ao crime organizado

3.1 A investigação preliminar a cargo do Ministério Público como sistema ideal e as soluções para o caso brasileiro

Neste momento, após ter sido constatada a possibilidade constitucional e legal de que o Ministério Público brasileiro realize atividade investigativa e a insuficiência jurídica do embasamento da posição contrária, é oportuno demonstrar que esse sistema é o modelo ideal de investigação criminal preliminar e, além disso, adequado à realidade brasileira.

Como já referido, o sistema de investigação preliminar a cargo da polícia judiciária é insatisfatório, não atende ao titular da ação penal pública e, ainda, por ser facilmente influenciado por interesses ilegítimos de integrantes dos Poderes Públicos (já que a polícia é subordinada ao Poder Executivo), contribui para que delitos de grande vulto não sejam investigados, o que gera sensação de impunidade e aumenta os números da cifra negra da criminalidade.

O sistema de investigação a cargo do juiz também não é o melhor sistema. Nesse sistema, a iniciativa e a produção de provas na fase preliminar estão a cargo de um juiz instrutor não-vinculado ao titular da ação penal nem à defesa. Embora essa imparcialidade possa parecer real e conveniente à investigação criminal, viola o modelo acusatório e, como salienta Lopes Júnior (2003, p. 82), compromete a função de controle de legalidade que é destinada ao Poder Judiciário, na medida em que o juiz passa a ser investigador.

Inclusive, o mesmo argumento utilizado contra a investigação preliminar a cargo da polícia serve ao Juizado de Instrução, qual seja, de que é ilógico e nada proveitoso que pessoa desvinculada da titularidade da investigação preliminar conduza a produção de provas, que visa justamente fundamentar a propositura ou não da ação.

Salienta-se, ainda, que mesmo os Estados que adotavam há longa data o sistema de investigação judicial estão abandonando-o. Esse é o caso da Alemanha, Itália e Portugal, que recentemente extinguiram tal sistema (1974, 1988 e 1987/1995, respectivamente), e também é o caminho que trilharam Espanha e França, que adotam o sistema e vêm discutindo-o (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 263; e Andrade, 2001, p. 36-52).

Por conseguinte, não sendo o modelo de investigação preliminar a cargo da polícia e nem o judicial os sistemas ideais, verifica-se que a melhor solução é a atribuição da investigação preliminar ao titular da ação penal pública, cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos investigativos e à polícia a realização de diligências sob o comando do Ministério Público.

Essa é a tendência atual na Europa e também está prevista no Código de Processo Penal Tipo para a Ibero-América, o qual fora apresentado como modelo de unificação legislativa processual penal para os países da América Latina, nas XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, no Rio de Janeiro, em 25 de maio de 1988. Tal Código Modelo prevê expressamente, no Capítulo 4, nos arts. 250 e ss., que a investigação dos delitos de natureza pública será realizada pelo Ministério Público e que o Poder Judiciário controlará o controle do arquivamento e das diligências (ANDRADE, 2001, p. 57-59).

Nessa linha também é a lição de Lopes Júnior (2003, p. 264):

A investigação preliminar está – basicamente – dirigida a decidir sobre o processo ou não-processo. Por isso, deve ser uma atividade administrativa a cargo do titular da ação penal. Ninguém melhor do que o promotor para preparar o exercício da futura acusação. É uma incongruência lógica que o juiz investigue para o promotor acusar.

No caso do Brasil, apesar da resistência parcial da doutrina e da jurisprudência, a Constituição Federal, a LC n. 75/93 e a Lei n. 8.625/93 prevêem expressamente poderes investigatórios ao Ministério Público, razão pela qual o órgão pode instaurar procedimentos administrativos e realizar diligências para instruí-los.

É óbvio, pois, que o primeiro passo a ser dado para que a investigação preliminar brasileira cumpra sua função de preparo à ação penal e de combate à impunidade, contribuindo para a efetividade do direito penal⁴, é admitir que o Ministério Público investigue, deixando de ignorar o texto constitucional e acabando com as resistências infundadas, sejam jurisprudenciais ou legislativas.

Enfim, considerando que o modelo ideal é o do promotor investigador, e diante da expressa possibilidade constitucional e legal de que o Ministério Público brasileiro realize atividades investigatórias, deve-se admitir que instaure procedimentos investigativos próprios, acabando-se com a celeuma jurisprudencial acerca do tema, bem como que assumam a titularidade da investigação criminal nos delitos em que a condição social e política do investigado ou a participação de agentes públicos possam influenciar no resultado da investigação.

⁴ Aqui, salienta-se que a investigação eficiente contribui para a efetividade do direito penal, nos termos preconizados por Beccaria, na medida em que dá a certeza que nenhuma infração penal deixará de ser investigada, o que aumenta a certeza da aplicação da norma penal e diminui a sensação e a crença na impunidade.

3.2 *Crime organizado ou macrocriminalidade – definição e características*

O denominado crime organizado não é um fenômeno novo. Consoante lição de Mingardi (1998, p. 7), a pirataria dos séculos XV a XVIII era espécie de organização criminosa que possuía inclusive ligações com o poder constituído (aliança com Elizabeth I, da Inglaterra, no século XVI, na guerra contra a Espanha).

Apesar disso, a conceituação do que seja crime organizado não é fácil. Segundo Mingardi (1998, p. 18), o crime organizado tradicional pode ser definido como

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades baseiam-se no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado.

De outra face, considerando que o crime organizado apresenta variações conforme as condições socioeconômicas e políticas do local em que surge, não é possível adotar um conceito a ser utilizado de maneira uniforme. Dessa forma, faz-se necessário analisar as características mais comuns da criminalidade organizada, as quais também sofrem variação de acordo com o objeto da organização (espécie de delito perpetrado), seu âmbito de atuação (internacional ou nacional) e o local em que surgem.

Gomes (1997, p. 94 e s.), após referir a dificuldade de precisão conceitual, aponta um extenso rol de características do crime organizado. Refere como características principais: associação estável e permanente de pessoas para o cometimento de um crime ou de alguns crimes certos; previsão de acumulação de lucros; hierarquia funcional; planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos avançados; divisão de tarefas; conexão com o poder público, pelo alto poder de corrupção; oferta de prestações sociais; divisão territorial de atividades ilícitas; poder de intimidação; capacidade para fraudes contra o patrimônio coletivo ou difuso e conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Essas características também são citadas no artigo de Mingardi (1998) que, ao comentar as principais organizações criminosas conhecidas no mundo – máfia siciliana, de Nova York, Yakusa (japonesa) e colombiana –, analisa as principais características de cada uma. No mesmo sentido são Maia (1997) e Braz (1999).

No Brasil, não há definição legal do que seja crime organizado. A Lei n. 9.034/95, que foi criada para “dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, bem como a Lei n. 10.217/01, que a alterou, não definem o que seja organização criminosa. Na verdade, a Lei n. 9.034/95 em sua redação original, no art. 1º, que define seu âmbito de aplicação, sequer mencionava o termo organização criminosa, mas sim “crime resultante de ações de quadrilha ou bando”, tendo a Lei n. 10.217/01 acrescentado à referida redação “ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, sem, contudo, defini-las.

No projeto da Lei n. 9.034/95, como menciona Braz (1999, p. 37 e s.), Projeto n. 3.516/89, de autoria do deputado Michel Temer, no art. 1º, constava o termo organização criminosa, sendo que o art. 2º a definia como “aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional” (p. 38). Ou seja, o Projeto, que teve sua redação alterada no Senado Federal, definia, de acordo com algumas das características apontadas pela doutrina, o que seria organização criminosa, definição que foi suprimida de sua redação original.

Por essa imprecisão legislativa e também por outros dispositivos esdrúxulos da Lei n. 9.034/95, como o que impõe a realização de procedimento investigatório pelo juiz (art. 3º), conclui-se que a referida Lei é mais um fruto do simbolismo legislativo que impera no Brasil. Ou seja, a crença de que a criminalidade será eliminada pela simples edição de um texto legislativo, o qual, para contentar a certos setores da sociedade, tem disposições inaplicáveis à realidade brasileira (como o art. 3º da Lei em comento) e outras de imprecisão gritante (como o art. 1º).

O Projeto de Lei n. 3.731/97, que tramita no Congresso Nacional e visa a substituir a malfadada Lei n. 9.034/95, em seu art. 1º, na redação aprovada na Câmara dos Deputados, conceitua: “Considera-se organização criminosa a associação de três ou mais pessoas, por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável, visando a obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, para a prática de: [...]”. A seguir, elenca um rol de crimes que admite extensão para incluir outros que, em razão de tratado ou convenção internacional, o Brasil obrigou-se a reprimir.

Em que pese à ausência de um tipo legal que defina o que seja crime organizado, não há como ignorar a existência da criminalidade organizada no Brasil. Maia (1997, p. xii) cita exemplos de atuação de organizações criminosas no país, sendo interessante a transcrição:

[...] para desmentir a perspectiva idílica, que nega a existência do crime organizado ou assegura que ele não existe em nosso país, é necessário apenas lembrar as gangues que assaltaram a Previdência Social; os saqueadores do Sistema Financeiro Nacional; os diferentes grupos de jogo do bicho, espalhados por todo o país, quiçá nacionalmente organizados em cartel e, também, inegavelmente associados a inúmeras outras práticas ilícitas, inclusive o tráfico de drogas; as organizações de tráfico de drogas organizadas nas prisões (“comando vermelho”) e nas comunidades populares mas comandadas de fora, com fontes de suprimentos internacionais (cocaína) e nacionais (maconha), e em torno das quais gravita uma miríade de marginais e pequenos grupos atuantes na criminalidade convencional, mas sujeitos às “leis do tráfico”; a intensa circulação e até mesmo a prisão de membros de organizações espanholas de tráfico de mulheres, da *Yacuzá* japonesa e da Máfia siciliana em território nacional [...].

Doutrinariamente são dados como sinônimos de crime organizado a macrodelinqüência e a macrocriminalidade (SILVA, O. J., 2002; LEMOS JÚNIOR, 2002; CRUZ, 2003), sendo que alguns ainda tratam o crime organizado de natureza econômica como macrocriminalidade econômica ou macrodelinqüência econômica (BRAZ, 1999; GOMES e CERVINI, 1997).

Independentemente da qualificação que se dê, a doutrina (SILVA, O. J., 2002; MAIA, 1997) divide o crime organizado ou a macrocriminalidade em espécies. Assim, Maia (1997, p. 27-34) classifica o crime organizado em cinco espécies: a) as Máfias, que são o crime organizado tradicional, com hierarquia, códigos de ética, prática de negócios legais e ilegais e com atuação internacional; b) organizações profissionais, com menor nível de estruturação, mas alto grau de especialização e em regra sem a característica de internacionalização; c) criminalidade organizada econômica – crimes contra o sistema financeiro e tributário, crimes contra o meio ambiente, a saúde pública, ou seja, crimes de colarinho branco; d) criminalidade do Estado, praticada por grupos de funcionários públicos; e) organizações criminosas terroristas.

Oliveira assevera que “a característica comum desses delitos é a macrolesividade, pois atingem muitas vezes interesses gerais, e quase sempre geram importantes quantidades de dinheiro ilícito” (1998, p. 69).

Em síntese, rapidamente definidos os conceitos de crime organizado ou macrocriminalidade, bem como suas características, é cabível analisar a importância do sistema de investigação ministerial na apuração da macrocriminalidade.

3.3 A relevância da investigação ministerial no combate ao crime organizado

Neste trabalho já foram amplamente explanadas as razões pelas quais se fala que o inquérito policial, ou melhor, o sistema de investigação preliminar a cargo da polícia está em crise. Contudo, é no âmbito de investigação da criminalidade organizada que o sistema se mostra mais falho.

Isso pode ser explicado pela simples razão de que, para a manutenção da criminalidade organizada, faz-se necessário que se infiltre nos poderes e órgãos do Estado. Como acima referido, uma das características da criminalidade organizada é sua conexão com o poder público, sem a qual sua atuação resta prejudicada. Acerca do tema, Lemos Júnior (2002, p. 415) assevera:

Outro traço característico da atuação do crime organizado, também aceito pela unanimidade da doutrina, é o *envolvimento de agentes públicos*. Estes quando não participam efetivamente do grupo são corrompidos para viabilizar a execução de atos ilícitos. Na medida em que atuam e crescem, os grupos criminosos não conseguem mais prescindir do auxílio dos agentes públicos. Bem significativa a menção do sociólogo Mingard ao invocar a expressão de Paul Castelano, líder da Máfia de *New York*: “Eu já não preciso mais de pistoleiros, agora quero deputados e senadores” [destaque constante no original].

No mesmo sentido é a lição de Fernandes Gomes (2000, p. 163), que ressalta: “A corrupção e a infiltração em órgãos ou autoridades do Poder Público parece ser um dos pontos vitais das organizações criminosas, que tanto podem daquele fazer parte [...] como podem se favorecer das benesses, conivência e cobertura que ele pode oferecer”.

Em relação à ocorrência desse fenômeno no Brasil, Mendroni (2002, p. 16) leciona:

Trata-se de característica bastante evidente no Brasil. Quando os agentes públicos não participam efetivamente do grupo, são corrompidos para viabilizar a execução das ações criminosas. Geralmente estão colocados em postos e locais estratégicos para que possam auxiliar, de qualquer forma, na execução de ações. As organizações criminosas que atingem um certo grau de desenvolvimento já não conseguem sobreviver sem o auxílio de agentes públicos.

Vale lembrar que essa ligação com o Estado, em vários momentos da história mundial, tornou-se uma verdadeira aliança. Para corroborar essa afirmação, cita-se o estudo de Mingardi (1998), no qual traz como exemplos de que o Estado e o crime organizado andaram de mãos dadas: os corsários de Elizabeth I (p. 7); a aliança dos Estados Unidos da América com a máfia siciliana para invasão da Itália durante a II Guerra Mundial, em troca da soltura e deportação de Salvatore Lucania (Lucky Luciano, líder da *Cosa Nostra* americana) (p. 10); a ligação da máfia italiana com a extrema direita, a qual resultou no assassinato de membros de partidos da esquerda em 1945/1955 (p. 10), e, ainda, o financiamento de campanhas políticas e a compra de votos com o dinheiro proveniente de atividades criminosas (p. 10).

Essa é uma das razões pelas quais se julga inadequado o sistema de investigação policial na apuração do crime organizado. A polícia, por ser um órgão subordinado ao Poder Executivo, acaba por sofrer influências indevidas do poder político, o qual muitas vezes é comprometido com a criminalidade organizada. Também pode ocorrer que agentes do poder público integrantes da polícia integrem organizações criminosas, sejam essas da espécie tradicional ou da criminalidade organizada de Estado.

Ademais, convém destacar que os métodos investigativos clássicos apresentam-se ineficazes diante da macrocriminalidade⁵. A sofisticação tecnológica, a estruturação, a divisão de tarefas, a hierarquia existente nas organizações criminosas e a própria resistência do investigado na fase preliminar contrastam com o desaparecimento e o despreparo do sistema de investigação preliminar policial, concebido para combater a criminalidade clássica. Acerca da ineficácia dos métodos investigativos clássicos no controle da macrocriminalidade, lecionam Gomes e Cervini (1997, p. 66):

[...] O direito penal e seus clássicos princípios e métodos investigativos foram idealizados para a criminalidade pré-industrial; está defasado e é inapto para a contenção da criminalidade organizada, típica da sociedade pós-industrial ou da era “digital”. Temos, destarte, que passar do micro para o macrodireito penal.

Talvez tenha sido pelo reconhecimento da ineficácia do sistema de investigação preliminar policial na investigação da macrocriminalidade que o legislador criou o anômalo art. 3º da Lei n. 9.034/95, que transformou o juiz em inquisidor nos processos regidos pela

⁵ Em complementação ao texto vale mencionar que nem mesmo os Departamentos Especializados da Polícia judiciária têm obtido êxito no combate à criminalidade organizada, como menciona Lemos Júnior (2002, p. 419).

Lei. Na verdade, o que o legislador fez foi copiar a legislação italiana, sem perceber que lá o Ministério Público é integrante da magistratura (GOMES e CERVINI, 1997, p. 152).

Apesar de o Supremo Tribunal ter entendido, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.517-6, proposta pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil (Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 30/4/1997, publ. no *DJ*, 22 nov. 2002), que o art. 3º da Lei n. 9.034/95 não ofende o devido processo legal nem a imparcialidade do juiz, ele não encontra aplicação prática. Pois, no dizer de Gomes e Cervini (1997, p. 143), são “Raras vozes de apoio à legitimidade constitucional do art. 3º. De modo praticamente unânime, a doutrina nacional reagiu prontamente a esse atentado ao Direito emanado do desavisado legislador”.

Assim, considera-se que a investigação preliminar a cargo do Ministério Público é a que se apresenta como melhor alternativa no combate ao crime organizado. Esse posicionamento pode ser justificado pelo fato de que o Ministério Público é uma função independente dos demais poderes do Estado, por isso menos influenciável pelas pressões do poder político, e também menos suscetível à corrupção, em razão de exigências pessoais e perfil exigidos pelo cargo.

Além disso, a instituição é mais bem capacitada para lidar com as resistências à investigação impostas pelos advogados dos integrantes de organizações criminosas e também possui maior facilidade em realizar trabalho de coordenação com a Receita Federal, equipes de técnicos e peritos e agentes policiais especialmente selecionados e treinados para a repressão a essa espécie de crime, bem como em buscar cooperação internacional junto a Ministérios Públicos de outros Estados.

A melhor solução é dada por Lemos Júnior (2002, p. 417), que é enfático ao afirmar:

Definitivamente, o modelo atual de investigação criminal só serve para satisfazer a impunidade dos grandes e organizados criminosos. Por isso, não só o legislador deve procurar aprimorar os meios investigativos, mas, sobretudo, desde ontem, deve o promotor de justiça criminal, sem prejuízo do trabalho investigativo da polícia judiciária, acompanhar e orientar todos os atos tendentes ao esclarecimento de um delito cometido por grupos organizados, seja através de procedimento ministerial, seja através do inquérito policial.

Em análise última, conclui-se que, diante das características da macrocriminalidade, especialmente pelo seu poder de infiltração nas estruturas estatais e sua ligação com o poder político, a investigação preliminar ministerial apresenta-se como a melhor solução para a apuração dessa prática delitiva.

4 Conclusão

Por todo o exposto, verifica-se que a investigação preliminar tem papel fundamental para a concretização do *jus puniendi* estatal, uma vez que uma investigação criminal eficiente representa um instrumento para tornar o direito penal efetivo, ou seja, com um sistema de investigação pré-processual eficiente aumenta-se o grau de certeza da aplicação da lei

penal, fazendo-se, assim, com que o ordenamento jurídico penal cumpra com sua função preventiva, diminuindo a crença na impunidade e reduzindo os números da criminalidade não-apurada.

Ainda, estudando-se o sistema de investigação adotado no Brasil, constata-se que é um sistema defasado, que gera mais críticas do que elogios e, ainda, que é incapaz de combater a criminalidade organizada. Além desse fator, considera-se ilógico que a investigação preliminar seja realizada por pessoa, seja a polícia judiciária ou o juiz instrutor, alheia às necessidades do titular da ação penal, o que acarreta atos desnecessários de investigação, gerando custos ao Estado, e ainda leva à não-realização de diligências essenciais para a propositura da ação penal, causando demora nos feitos e aumentando o nível de impunidade, já que muitas diligências de produção de prova são obstaculizadas pela ação do tempo.

Em razão disso, conclui-se que o sistema de investigação ideal para os crimes de ação penal pública de iniciativa incondicionada é aquele em que o Promotor de Justiça dirige a investigação criminal e o Poder Judiciário exerce, como terceiro imparcial, o controle da legalidade dos atos passíveis de limitação ou violação de direitos do investigado. No caso brasileiro, é constitucional e legalmente prevista a legitimidade investigativa do Ministério Público, a qual se coaduna com seu papel constitucional, qual seja, de função independente dos Poderes e destinada à consecução dos fins do Estado Democrático de Direito, entre os quais, sem sombra de dúvidas, está o combate à criminalidade.

De fato, os argumentos utilizados por parcela da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores para atacar a investigação preliminar ministerial nada têm de jurídicos. Não é admissível que o texto constitucional, que é expresso em possibilitar a realização de atos investigatórios pelo Ministério Público (art. 129, VI, da CF/88), sendo corroborado pela LC n. 75/93 e pela Lei n. 8.625/93, seja ignorado pelos que afirmam que o Ministério Público não tem legitimidade constitucional e legal para investigar.

É óbvio, pois, pela fragilidade dos argumentos contrários à investigação ministerial, que os que os propalam na verdade o fazem pelo temor de uma investigação preliminar eficiente e porque se beneficiam das mazelas do inquérito policial e, principalmente, da indevida influência dos escusos interesses políticos no resultado das investigações policiais.

Ademais, constata-se que o sistema de investigação preliminar vigente (inquérito policial) é incapaz de combater a macrocriminalidade. Em verdade, a dependência da polícia judiciária do Poder Executivo e deste em relação ao Legislativo, pela troca de favores em nome da governabilidade, e, por conseguinte, a influência política que a investigação policial sofre, amparam uma das principais características das mais variadas espécies de crime organizado, qual seja, sua ligação com o poder público, seja pela participação direta ou corrupção de agentes públicos, ou ainda pelo financiamento de campanhas políticas e, quem duvida, pela compra de votos.

Por essas razões, infere-se que o modelo do promotor-investigador é o mais apto à apuração da macrocriminalidade. Tal fato é verificável pela atuação de Promotores de Justiça e Procuradores da República que em vários Estados da Federação realizam investigações criminais.

Em remate, conclui-se que a investigação criminal preliminar pelo Ministério Público, com o Poder Judiciário atuando como garante, é o modelo ideal de investigação criminal. Contudo, pela resistência que sua implementação encontra no Brasil, tem-se como soluções para o caso brasileiro que o Ministério Público, embasado nos dispositivos constitucionais e legais que possibilitam a realização de atos investigativos, acompanhe as investigações criminais e que, nas investigações sobre as diversas espécies de crime organizado, realize investigação direta, não se deixando abater pela resistência de parcela da doutrina e da jurisprudência.

Bibliografia

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2001.

AREND, Márcia Aguiar. Amesquinhar o Ministério Público: a nova gestão política dos corruptos. *CONAMP em Revista*, Brasília, n. 2, p. 32-34, 2003.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Investigação criminal: o papel do Ministério Público*. 2000. Disponível em: <<http://www.fdc.br/artigos/investigar.htm>>. Acesso em: 20 set. 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *Dei delitti e delle pene*.

BORGES, Edinaldo de Holanda. O sistema processual acusatório e o juizado de instrução. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 2, n. 6, p. 37-46, jan./mar. 2003.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil (2002/1916), Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal e legislação complementar*. Barueri: Manole, 2003.

———. *Projeto de Emenda Constitucional n. 197*, 2003. Dá nova redação ao inciso VIII do art. 129 da Constituição Federal, que dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2003.

———. *Projeto de Lei n. 3.731*, 1997. Define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios destinados à prevenção e repressão dos crimes praticados por organizações criminosas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2003.

BRASIL, Pompeu de Sousa. Crime organizado: a lei e o simbolismo penal. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n. 9, p. 337-354, 2001.

BRAZ, Graziela Palhares Torreão. *Crime organizado x direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONCEIÇÃO, Mário Antônio. O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público. *Cadernos do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 15-24, maio 2001.

- CRUZ, Alex Teixeira. O Ministério Público e a investigação criminal. *CONAMP em Revista*, Brasília, n. 2, p. 29-31, 2003.
- FERNANDES GOMES, Abel. Crime organizado e sua conexão com o poder público. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 159-175, nov. 2000.
- FONTELES, Cláudio. Investigação preliminar: significado e implicações. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, ano 3, n. 35, p. 18-21, mar. 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HABIB, Sérgio. O poder investigatório. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 7, n. 159, p. 14-16, ago. 2003.
- LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A investigação diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, Fascículo Criminal, São Paulo, ano 91, vol. 795, p. 411-451, jan. 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LUZ, Delmar Pacheco da. A investigação criminal pelo Ministério Público. *CONAMP em Revista*, Brasília, n. 2, p. 35-37, 2003.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- MARQUES, Jader. Da ilegalidade da investigação preliminar pelo Ministério Público. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 20, p. 71-88, jun./jul. 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- _____. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MINGARDI, Guaracy. O que é crime organizado: uma definição das ciências sociais. *Revista do Instituto Latino-Americano para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, São Paulo, n. 8, p. 7-25, 1998.
- OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9.613, de 1º de março de 1998. *Revista do Instituto Latino-Americano para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, São Paulo, n. 8, p. 53-76, 1998.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Da exclusividade constitucional da investigação como direito fundamental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2844>>. Acesso em: 21 set. 2003.

RIBEIRO, Diego Diniz. A intervenção do Ministério Público na investigação criminal: a figura do promotor-investigador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 10, n. 121, p. 10-11, dez. 2002.

SANTINI, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: Edipro, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, p. 214-235, 2003.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAUJO, Maria Emilia Moraes; CORRÊA, Paulo Fernando. Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1054>>. Acesso em: 20 ago. 2003.

SILVA, Osmar José. Possibilidade de investigação pelo Ministério Público. Impossibilidade de exclusão de investigado de inquérito policial. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, ano 5, n. 54, p. 18-24, out. 2002.

SILVA, Rodney da. A lavagem de capitais – noções gerais e aspectos procedimentais. *Revista do Centro de Ensino Superior de Catalão – CESUC*, ano 4, n. 6, 1. sem. 2002. Disponível em: <<http://www.cesuc.br/revista/ed-1/ALAVAGEMDECAPITAIS.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Crime organizado: a nova lei*. 2000. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina109.doc>>. Acesso em: 24 ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SZNICK, Valdir. *Crime organizado: comentários*. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. A investigação criminal, atividade exclusiva da autoridade policial. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 7, n. 159, p. 17-19, ago. 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE¹

*Michelle Taveira Telles**

SUMÁRIO: 1 Questão ambiental. 2 O meio ambiente e o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 Instrumentos jurídicos de proteção ambiental. 4 A tutela penal do meio ambiente e a Lei n. 9.605/98. Avanços e retrocessos. 4.1 Críticas de Winfried Hassemer. 5 Conclusão.

1 A questão ambiental

A preocupação com os efeitos da atuação do homem sobre o meio ambiente não é recente; no entanto, o discurso ambientalista ganhou força nas últimas quatro décadas, sobretudo porque descobertas científicas apontaram a *esgotabilidade* dos recursos naturais como uma questão séria e de conseqüências trágicas para a humanidade.

Os drásticos efeitos da Revolução Industrial, dos ideais de aumento da produção e da transformação da natureza por meio da ciência e da tecnologia trouxeram para as mesas de discussão a necessidade de uma reavaliação da relação do homem com o meio ambiente.

Nesse sentido, várias conferências mundiais² já foram realizadas na tentativa de buscar mecanismos para romper o abismo norte-sul preservando os recursos do planeta. A situação ambiental, entretanto, tem-se mostrado cada vez mais alarmante. Florestas, animais, água e ar limpos estão cada vez mais escassos³.

A questão ambiental implica uma análise pormenorizada da relação de tensão entre a preservação dos recursos naturais e os padrões de desenvolvimento. Ressalte-se que tanto o *excesso* quanto a *falta de desenvolvimento* contribuem para o agravamento desse quadro⁴.

¹ O conteúdo do presente artigo é fruto de trabalho de pesquisa premiado em 2002, na categoria de ciências sociais aplicadas, pelo Prêmio UFF Vasconcellos Torres de Ciência e Tecnologia, e posteriormente defendido sob forma de monografia, tendo sido aprovada com grau máximo e recomendada para publicação, servindo de base para a palestra apresentada no II Seminário de Direito Penal e Processual Penal, realizado nos dias 28 e 29 de agosto de 2003, no auditório da Procuradoria da República no Rio de Janeiro.

* Michelle Taveira Telles é Advogada no Rio de Janeiro/RJ.

² Merecem destaque: a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada pela ONU em 1972, na cidade de Estocolmo, da qual surgiu o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) e resultou a Declaração de Estocolmo; a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como ECO 92, realizada de 3 a 14 de junho de 1992, no Rio de Janeiro, que reuniu representantes de 178 países e produziu a Agenda 21; e a reunião de Johannesburgo, realizada em setembro de 2002 na África do Sul, chamada de Rio +10, que pretendeu dar continuidade às discussões da ECO 92.

³ À guisa de exemplo, a escassez de água potável atinge 2 bilhões de pessoas; nesse ritmo, dentro de 25 anos serão 4 bilhões; a água contaminada pelo descaso ambiental mata 2,2 milhões de pessoas por ano. TEICH, Daniel Hessel (Ed.). O Planeta pede socorro. *VEJA*, São Paulo, 21 ago. 2002, p. 80.

⁴ Também nesse sentido, BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 118-119, out./dez. 1992.

O excesso de desenvolvimento é marcado, principalmente, pela industrialização desenfreada, que possui *dupla ação agressora*, ou seja, o consumo de recursos naturais e a poluição atmosférica, das águas e do solo. Esse fato explica por que os países desenvolvidos foram palco das maiores catástrofes ambientais e são considerados os principais causadores dos danos de efeito global, como o efeito estufa, tendo sido os primeiros a elaborar legislações de proteção ao meio ambiente⁵.

Nesse contexto, estudos mostraram que as diferenças tecnológicas e econômicas entre os países são a razão pela qual a situação ainda não se tornou insuportável e que, se todos os países fossem desenvolvidos, os recursos naturais do planeta já teriam se esgotado.

O Fundo Mundial para a Natureza, mais conhecido pela sigla WWF, usando estatísticas da ONU, concluiu que os 15% mais ricos da humanidade (incluindo a minoria abastada dos países pobres) consomem energia e recursos em nível tão alto que providenciar um estilo de vida equivalente para o restante do mundo iria requerer os recursos de 2,6 planetas do tamanho da Terra⁶.

Num outro extremo, a falta de desenvolvimento *também* é causa de grande degradação ambiental, notadamente pela falta de tratamento de lixo urbano, esgotamento sanitário inexistente ou precário, utilização de técnicas arcaicas de agricultura, falta de informação e existência de um grande número de pessoas vivendo abaixo do nível de pobreza, com a ocupação de áreas de risco ambiental e humano.

Nessa linha, em que o desenvolvimento está intimamente ligado com a qualidade ambiental, surgiu nas últimas décadas a noção de *sustentabilidade*. O desenvolvimento sustentável pretende criar um modelo econômico capaz de gerar riqueza e bem-estar e, ao mesmo tempo, promover a coesão social e impedir a destruição da natureza. Esse novo modelo de gerência de recursos abrange os aspectos econômico (crescimento do Terceiro Mundo), social (integração e solidariedade entre os hemisférios norte e sul) e ambiental (preservação dos bens mundiais de todos e regeneração dos recursos naturais)⁷.

⁵ Foi nos Estados Unidos, por exemplo, em 1970, que o primeiro texto normativo sistemático sobre a questão foi elaborado: o *National Environmental Policy Act (NEPA)*.

⁶ Tal perspectiva foi confirmada em outro estudo da WWF, divulgado em julho de 2002, no qual se estima que “o homem ultrapassou em 20% os limites de exploração que o planeta pode suportar sem se degradar. O cálculo partiu do pressuposto de que se pode explorar até 1,9 hectare por ser humano [...]. A média mundial de exploração é de 2,3 hectares por pessoa, contra 1,3 hectare há quarenta anos. A distribuição é desigual. O Brasil mantém-se na média, enquanto os países africanos usam apenas 1,4 hectare. Já a Europa e os Estados Unidos superam violentamente a marca, registrando respectivamente 5 hectares e 9,6 hectares por pessoa” (TEICH, op. cit., p. 84).

⁷ A Declaração de Estocolmo, no seu Princípio 13, já recomendava aos Estados a compatibilização do desenvolvimento com o meio ambiente ao dispor que “[...] a fim de obter uma mais racional ordenação dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planificação de seu desenvolvimento, de modo que fique assegurada a compatibilidade do desenvolvimento com a necessidade de proteger e melhorar o meio humano em benefício de sua população”. No entanto, o termo “desenvolvimento sustentável” foi utilizado pela primeira vez em 1980, por uma organização não-governamental de pesquisa, a Aliança Mundial para a Natureza (UICN). Em 1987, o conceito apareceu no relatório “Nosso Futuro Comum”, coordenado pela ex-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland para a ONU, no qual se dizia que um desenvolvimento é duradouro quando responde às necessidades do presente sem colocar em perigo as capacidades das gerações futuras para fazer o mesmo. Cf. COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

A sustentabilidade importa, em verdade, no abandono do modelo de desenvolvimento e consumo *quantitativo* – dominado por considerações meramente financeiras e restrito a poucos – com a adoção do desenvolvimento *qualitativo* – baseado na perspectiva humana e voltado para um aumento da qualidade de vida para o maior número possível de pessoas.

Durante a ECO 92, a sustentabilidade foi o centro das discussões, e a formulação do conceito de desenvolvimento sustentável implicava o reconhecimento de que as forças de mercado abandonadas à sua livre dinâmica não garantiam a preservação dos recursos naturais e do ambiente. O documento que resultou da ECO 92 – a “Agenda 21” – é composto de 2.500 recomendações para implementação de atividades sustentáveis.

O maior desafio das diretrizes sustentáveis reside na compatibilização entre desenvolvimento econômico e social e cuidado com o ambiente, mormente diante das disparidades econômicas e tecnológicas existentes entre os países.

De fato, tem-se constatado que os países adotam discursos distintos, de acordo com a sua realidade e perspectivas. Enquanto os países desenvolvidos defendem a manutenção de seus padrões de produção e apostam na tecnologia para minimizar os efeitos ambientais⁸, os países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, ainda carentes de tecnologia, lutam pelo direito de se desenvolverem⁹.

O relatório preliminar elaborado pelo governo brasileiro para a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento já alertava para a difícil situação dos países do Sul que, “além de sofrerem os efeitos negativos desses problemas, sem, no entanto, usufruir os benefícios do desenvolvimento, são convocados a compartilhar a responsabilidade e o custo das medidas para atenuar a situação de crise”¹⁰.

Sobre esse ponto, Luís Roberto Barroso acrescenta que a complexidade da situação dos países pobres exige a compatibilização de fatores heterogêneos, como crescimento econômico, desenvolvimento social e preservação ambiental, fato que se torna mais injusto quando se percebe que são os mesmos países ricos – que poluem e cobram providências preservacionistas – os responsáveis pelo controle dos mercados mundiais, dos fluxos de recursos, dos preços e das finanças¹¹.

⁸ Essa visão é utilizada para explicar atitudes como a do presidente norte-americano George W. Bush, que anunciou que Washington não ratificará o Protocolo de Kyoto (1997), que dispõe sobre a redução dos gases que produzem o efeito estufa.

⁹ Sobre os conflitos e compatibilização do direito ao desenvolvimento e a preservação ambiental consultar TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Meio ambiente e desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 9, n. 11, p. 11-42, 1992.

¹⁰ Cf. documento elaborado pela Comissão Interministerial para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CIMA), sob a coordenação-geral de Paulo de Góes Filho. Esse relatório preliminar, contendo subsídios técnicos, serviu de base para a elaboração do Relatório Oficial sobre a situação ambiental resultante dos processos de desenvolvimento nacionais, conforme solicitado pela Assembléia-Geral das Nações Unidas. *Subsídios Técnicos para a elaboração do Relatório Nacional do Brasil para a CNUMAD* (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento), Brasília, jul. 1991, p. 4.

¹¹ Cf. BARROSO, A proteção do meio ambiente..., cit., p. 117. Acrescenta o autor: “Este equilíbrio dificulta-se ainda mais por força da relação extremamente desigual entre o Norte e o Sul, marcada pela dominação mercantil (trocas comerciais), financeira (dívida externa) e pelo progressivo distanciamento tecnológico, agravado pelas dificuldades impostas no acesso dessas tecnologias”.

O Brasil, como país em desenvolvimento que tenta se firmar no cenário internacional, encontra-se em situação preocupante, pois apresenta os problemas característicos dos países pobres, como as desigualdades sociais acentuadas, e já mostra sinais de excesso de desenvolvimento dos países desenvolvidos, tais como poluição atmosférica e das águas.

2 O meio ambiente e o princípio da dignidade da pessoa humana

O século XX representou um momento de grandes transformações. Primeiro, porque as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial deflagraram a terrível constatação de que o Homem adquirira a capacidade de dizimar toda a vida na Terra. Outrossim, o modelo de desenvolvimento largamente defendido mostrou-se incapaz de proporcionar uma melhoria significativa na qualidade de vida; observou-se franca exploração do homem pelo homem, a utilização de tecnologia para extermínio em massa, e, nos países industrializados, a poluição atingiu níveis insuportáveis.

Nesse contexto de perplexidade e medo, ocorre a emergência de *valores essenciais*¹², que acabaram por influenciar todo o pensamento jurídico. A reinserção na ciência jurídica de discussões acerca dos valores e da normatividade dos princípios implicou a superação do positivismo jurídico, propondo-se, em vez do legalismo estrito, uma reaproximação do direito com valores éticos assentes na consciência universal da igualdade entre os homens e no primado de justiça¹³.

Nesse processo, houve expressivo incremento do interesse pela temática dos direitos humanos ou fundamentais¹⁴, com o resgate do tema pela Filosofia do Direito, resultando no desenvolvimento de diversas correntes doutrinárias voltadas para a fundamentação e classificação dos direitos humanos.

A afirmação e internacionalização dos direitos humanos foi marcada, sobretudo, pelo reconhecimento do valor supremo da *dignidade da pessoa humana*¹⁵, cujo conteúdo

¹² Sobre a emergência de valores no segundo pós-guerra, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 24: “voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana e na experiência civilizatória dos povos”.

¹³ Esse processo de superação do positivismo e reaproximação entre Ética e Direito vem sendo denominado de “pós-positivismo”. Sobre o tema, consultar BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: ———. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2, p. 27-28.

¹⁴ Em que pese a serem ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) utilizados aqui como sinônimos, cumpre destacar a distinção elaborada inicialmente pela doutrina germânica que considera como direitos fundamentais os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado; ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33 e ss.

¹⁵ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55. No mesmo sentido, acrescenta Ana Paula de Barcellos: “a reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais” (op. cit., p. 108).

na filosofia kantiana pode ser sintetizado como atributo intrínseco, da essência do homem. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano¹⁶.

A dignidade da pessoa humana passou, então, a ser considerada como valor supremo que atrai, em maior ou menor grau, todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida¹⁷.

No entanto, embora intimamente ligado ao direito à vida e à saúde geralmente consagrado nas declarações de direitos, o meio ambiente não era, até então, considerado um direito fundamental; a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em sua Res. n. 217-A (III), de 1948, só indiretamente faz referência ao meio ambiente: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida próprio a garantir sua saúde, seu bem-estar e o de sua família”¹⁸.

Todavia, à medida que os impactos da industrialização e do desenvolvimento tecnológico, o estado crônico de beligerância e a ameaça de uma destruição nuclear se tornavam cada vez mais agudos, a proteção do meio ambiente passou a ser considerada uma prioridade. Assim, em 1970, a “Conferência Européia sobre a Conservação da Natureza”, do Conselho da Europa, propôs a elaboração de um protocolo à Convenção Européia dos Direitos do Homem, garantindo a cada um o direito a um ambiente são e não degradado, como condição indispensável à vida e à saúde do homem.

Nesse contexto, em junho de 1972 realizou-se em Estocolmo a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, considerada a maior e mais decisiva conferência sobre meio ambiente, da qual resultou a Declaração de Estocolmo, que consagra no Princípio 1: “[...] o homem tem um direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, num ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar. Ele tem o dever solene de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.

A Declaração de Estocolmo pode ser vista como um marco para a proteção do meio ambiente, mormente porque influenciou todas as Constituições elaboradas a partir daquele ano, que, seguindo a orientação dos princípios ali consagrados, passaram a dar tratamento explícito ao meio ambiente¹⁹.

¹⁶ Por todos, SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 91, abr./jun. 1998.

¹⁷ Cf. BARCELLOS, op. cit., p. 110: “é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos”.

¹⁸ A primeira menção direta ao meio ambiente num documento internacional, embora tímida, consta no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, no seu Artigo 12: “1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: [...] a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente [...]”.

¹⁹ Coincidentemente, iniciava-se um amplo processo de democratização em diversos Estados, com a conseqüente alteração de suas Constituições. Assim, as Constituições da Iugoslávia (1974), da Grécia (1975), de Portugal (1976) e da Espanha (1978) expressamente protegeram o meio ambiente. Na América Latina, a preocupação com a questão ambiental seguiu o mesmo caminho, e. g., a Constituição do Chile (1972), a Carta do Peru (1980) e a Constituição brasileira (1988). Cf. PRADO, Luis Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O reconhecimento da estreita relação entre a qualidade ambiental, o direito à vida e o princípio da dignidade humana fez surgir um *novo paradigma jurídico*, qual seja, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado se apresenta como um direito fundamental do homem, direito este que, inserido nos direitos da *fraternidade*²⁰, ou, na melhor expressão, direitos de *solidariedade*, tem por destinatária a humanidade como um todo, exigindo o esforço e a cooperação de todos para sua efetivação²¹.

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 no art. 225, cujo *caput* proclama solenemente que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Em que pese às discussões acerca da localização topográfica desse direito fora do rol do Título II de nossa Carta, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, cumpre ressaltar que, por força do § 2º do art. 5º, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental, seja em decorrência dos princípios constitucionais, seja em virtude dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Ademais, no inciso LXXIII do art. 5º, o meio ambiente figura como um dos objetos da ação popular, sendo esta um instrumento de garantia dos cidadãos na defesa desse bem de suma importância para a vida e a dignidade humana.

De todo modo, pode-se dizer que o reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito fundamental resta pacificado na doutrina. Nesse diapasão, Ricardo Lobo Torres afirma que alguns direitos humanos se afirmam de modo coletivo ou difuso, e o direito ao meio ambiente, diferentemente de outros direitos transindividuais, participa do rol dos direitos fundamentais por possuir a *generalidade* e a *universalidade* dos direitos humanos²².

O estudo das implicações do reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente passa, invariavelmente, pelos debates travados na doutrina acerca da fundamentação, delimitação e eficácia dos direitos fundamentais; questão cada vez mais abordada na doutrina sobre a qual não poderemos nos aprofundar nesta oportunidade.

As considerações feitas até aqui demonstram que não há como desvincular a questão ambiental da perspectiva humana. A grande preocupação com a temática ambiental

²⁰ Decorre da Revolução Francesa a tríade *Libertè, egalitè, fraternitè* que acabou por influenciar a fundamentação e a classificação dos direitos humanos. A perspectiva historicista dos direitos e a sua classificação em gerações geram, no entanto, fundadas críticas por ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, ou seja, a substituição dos direitos fundamentais ao longo do tempo. Perfilha-se, assim, o entendimento da moderna doutrina que adota a expressão mais adequada *dimensões* de direitos. Também nessa linha, SARLET, op. cit., p. 48 e ss.

²¹ Segundo Paulo Bonavides, a doutrina já identificou cinco direitos de solidariedade: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 516 e ss.

²² TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: ———. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 295 e ss.

e a conseqüente tutela jurídica do meio ambiente têm como destinatário o homem, sua saúde, sua qualidade de vida, sua dignidade²³.

Apesar de óbvias, tais prioridades devem ser ressaltadas para toda a sociedade, principalmente porque os discursos ambientalistas sempre foram do tipo *salve o mico-leão-dourado; salve o verde; salve a tartaruga*. Não se trata de desconsiderar a importância de proteção desses bens ambientais; ao contrário, eles só estarão protegidos se houver conscientização plena da importância do meio ambiente.

Se tais *slogans* funcionam em países em que a maioria da população tem acesso a saneamento básico, saúde, educação, numa realidade como a brasileira, na qual quase metade da população sequer tem acesso à rede coletora de esgotos²⁴, eles só servem para desmoralizar o sistema de proteção ambiental.

A tutela jurídica dos microbens ambientais²⁵, mesmo partindo de uma visão sistêmica do meio ambiente, não é suficiente para sua preservação, pois não há sistema de proteção que seja plenamente eficaz sem investimentos em políticas de infra-estrutura, como saneamento básico, tratamento de resíduos sólidos e líquidos, controle de ocupação de áreas de risco etc.

Essas medidas é que viabilizam a conscientização da importância da preservação do meio ambiente e de outras formas de vida. Em outras palavras, a ausência das condições mínimas para uma vida digna compromete não só a saúde e a qualidade de vida dos indivíduos, mas também o exercício da cidadania, transformando a simples tentativa de punir infratores numa utopia e, quiçá, num exagero.

Em decorrência dessas constatações, o tratamento da questão ambiental em países como o Brasil passa pela promoção do que a doutrina reconhece como *mínimo existencial*²⁶,

²³ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet reconhece que o direito ao meio ambiente, inobstante seu caráter difuso, possui cunho individual, tendo em vista que seu objeto é sempre a preservação da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana (SARLET, op. cit., p. 57).

²⁴ Recentes pesquisas do IBGE apontaram quase metade da população como não tendo acesso à rede coletora de esgotamento sanitário. Ressalte-se que a pesquisa só leva em consideração a existência de rede coletora ou fossa sanitária, e não rede de tratamento de esgoto, o que demonstra que a situação pode ser ainda pior. Os dados de 2001 foram extraídos do *site* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (<<http://www.ibge.gov.br>>). Acrescente-se que em pesquisa realizada por nós, em 2002, na Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, nos procedimentos ambientais em curso, foram encontrados mais de 70 inquéritos envolvendo despejo irregular de esgoto na Lagoa Rodrigo de Freitas por prédios localizados em seu entorno, demonstrando que a deficiência brasileira no que tange ao saneamento básico não se limita às áreas pobres, atingindo também áreas nobres, cujo IPTU é elevado.

²⁵ Herman Benjamin distingue os microbens (naturais e artificiais), que constituem o ambiente, do ambiente como universalidade (macroben) [BENJAMIN, Antonio Herman. *Função ambiental*. In: ——— (Org.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 69. Apud FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. p. 250].

²⁶ O *mínimo existencial* é entendido como o direito às condições mínimas de existência, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial apresenta-se, assim, como um núcleo básico de direitos prestacionais que se inclui no rol dos direitos fundamentais. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989. Ana Paula de Barcellos defende que o mínimo existencial deve ser composto por quatro elementos: educação fundamental, assistência aos desamparados, acesso à justiça e saúde básica, que engloba o saneamento básico como medida de saúde pública mais importante. Acrescenta a autora: “[...] esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário” (BARCELLOS, op. cit., p. 258).

como núcleo da dignidade da pessoa humana e que comporta as condições materiais básicas para a existência. Mas não pára aí.

No que diz respeito a um *mínimo ambiental*, a ser entendido como as condições básicas para a promoção do meio ambiente sadio e equilibrado, a implementação de políticas públicas de infra-estrutura, como já ressaltado, é indispensável. Nesse particular, a maior dificuldade tem sido a escassez de recursos que, somada a outros fatores, implica a realização dessas políticas dentro da *reserva do possível*²⁷.

Torna-se, portanto, imperioso buscar novos mecanismos de obtenção de recursos para a realização das políticas públicas essenciais para a melhoria das condições de vida e indispensáveis para a preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Destarte, é imprescindível a conjugação da questão ambiental com a temática dos direitos fundamentais, relacionando-a com o direito econômico e com o direito financeiro do Estado, máxime na sua dimensão orçamentária, com o objetivo de encontrar meios para a plena realização do direito ao meio ambiente são e não-degradado.

Nessa esteira, J. J. Gomes Canotilho ressalta que “O Estado Constitucional além de ser e dever ser um Estado de Direito Democrático e Social deve ser também regido por princípios ecológicos”. Acrescenta ainda que “[...] a conformação do Estado Constitucional Ecológico aparece ligada às idéias de justiça intergeracional e de direitos de futuras gerações”²⁸.

Pode-se concluir, desde já, que a tutela penal do meio ambiente surge subsidiariamente no sistema de proteção ambiental, não se apresentando como solução, como muitos pretendem ou acreditam que seja o papel do sistema punitivo.

3 Instrumentos jurídicos de proteção ambiental

O ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo a importância da preservação do meio ambiente como bem jurídico autônomo e indispensável à sadia qualidade de vida dos indivíduos, utilizou diversos mecanismos e instrumentos para a proteção ambiental.

O patrimônio ambiental tutelado abrange os *recursos naturais*, compreendidos pelos componentes de característica planetária – água, ar, solo, flora e fauna – e pelos ecossistemas que ocupam o espaço geoeconômico e geopolítico do Brasil, como a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, a Caatinga, entre outros; os *recursos culturais* portadores de referência à identidade, à ação e à memória da sociedade brasileira, como as criações artísticas, os sítios de valor histórico, paisagístico, arqueológico; e os *recursos artificiais*, que compreendem basicamente o ambiente urbano²⁹.

²⁷ A doutrina da reserva do possível foi firmada pela Corte Constitucional alemã em acórdão famoso, segundo o qual a entrega de prestações sociais fica sujeita à reserva da lei. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 364, 2003.

²⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo (Coords.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-110.

²⁹ Sobre o patrimônio ambiental nacional, consulte-se MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 118 e ss.

Seguindo as modernas diretrizes ambientais, que consideram a interação do homem com o meio em que vive, não só os recursos naturais são protegidos, mas também o ambiente criado, assim pela manifestação cultural como pela transformação radical do ambiente. Destarte, o objeto da tutela jurídica é a *qualidade do meio ambiente* em função da *qualidade de vida*³⁰.

Os mecanismos de proteção ambiental podem ser classificados genericamente em jurisdicionais (processuais) e administrativos. Dentre os instrumentos processuais, podem-se citar: a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo ambiental, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade contra ato ou omissão contrários à Constituição, a ação de responsabilidade civil, a ação de nunciação de obra nova e a ação penal³¹.

A grande maioria dos mecanismos de tutela ambiental encontra-se na seara administrativa, na qual se destacam: o *estudo prévio do impacto ambiental*; o sistema de *licenciamento ambiental*; o sistema de criação de *unidades de conservação e áreas de preservação permanente*; a *desapropriação* direta e indireta em áreas de interesse ambiental; o *tombamento*; o *zoneamento ambiental*; o *direito de antena*; a *reserva da biosfera* e, obviamente, a fiscalização e as *sanções administrativas*³².

A estreita relação da preservação ambiental com a Administração Pública se dá não só pelo interesse público, mas também pela própria relação com o poder de polícia. A doutrina, entretanto, aponta riscos nessa aproximação, já que o Poder Executivo está mais propenso, devido ao grande número de interesses a promover e à sua discricionariedade, a firmar acordos que nem sempre serão os mais favoráveis ao meio ambiente³³.

Aqui cresce de importância o papel do Ministério Público na tutela do meio ambiente, a quem caberá, como fiscal da lei e representante da sociedade, zelar pela moralidade dos atos administrativos, buscando denunciar sempre que estes violarem as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade.

A própria sociedade civil pode (e deve) fiscalizar e colaborar nesse processo, não somente porque assim determina a Constituição no *caput* do art. 225, mas porque somente com a conscientização e a atuação será possível promover a efetiva proteção e preservação do meio ambiente.

Nesse sentido, a Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003, que estabelece o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) é de suma importância. Primeiro, porque as autoridades poderão exigir das entidades privadas informações periódicas sobre os impactos ambientais potenciais ou efetivos de suas atividades, sem a necessidade de instauração de processo administrativo (art. 3º). Segundo, porque há obrigatoriedade de

³⁰ Para maiores esclarecimentos sobre o objeto da tutela ambiental, consulte-se SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 54 e ss.

³¹ Sobre a tutela jurisdicional do meio ambiente, consulte-se por todos ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 241 e ss.

³² Para estudo aprofundado sobre esses e outros mecanismos de tutela ambiental, consulte-se MILARÉ, *Direito do ambiente...*, cit., p. 257 e ss.

³³ ANTUNES, op. cit., p. 45.

publicação, em Diário Oficial, de listagens e relações contendo dados referentes a pedido/renovação/concessão de licenças, autos de infração impostos, termos de ajustamento de conduta, recursos interpostos em processo administrativo, registro de estudos de impacto ambiental (art. 4º). Ademais, os órgãos ambientais deverão elaborar e divulgar relatórios anuais relativos à qualidade do ar e da água (art. 8º).

A educação ambiental também se revela indispensável à proteção do meio ambiente, possibilitando a formação de uma cultura preservacionista capaz de habilitar os indivíduos a reconhecerem e lutarem pelo direito consagrado na Constituição brasileira. Nesse particular, a Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, tem grande importância, pois traça os princípios e os objetivos da Educação Ambiental em nosso país e institui a Política Nacional de Educação Ambiental, conforme determinação contida no art. 6º do diploma legal.

Verifica-se, assim, que a maioria dos mecanismos e instrumentos de proteção ambiental é de caráter preventivo, o que de fato é preferível em matéria ambiental, tanto pela dificuldade de determinação da extensão dos danos como pela impossibilidade de promover a reparação. Nada obstante, como tratar situações em que a ameaça ou lesão ao meio ambiente já ocorreu? Como tratar as lesões a um bem jurídico que afeta direta ou indiretamente outros bens, como a vida e a saúde? Como tratar aqueles indivíduos que, apesar de todas as advertências, todas as prescrições administrativas, todas as medidas de prevenção, insistem em capturar e matar animais, provocar queimadas, despejar resíduos industriais em rios?

Certamente, a Constituição Federal, no art. 225, § 3º, oferece a resposta a essas questões quando determina que as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais. No entanto, como as críticas lançadas à tutela penal desse bem vão além da determinação constitucional, a análise que se propõe aqui é mais profunda. É o que se realiza a seguir.

4 A tutela penal do meio ambiente e a Lei n. 9.605/98. Avanços e retrocessos

Diversas críticas têm sido lançadas à tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente, mormente após o advento da Lei n. 9.605/98, chamada de “Lei de Crimes Ambientais” (apesar de dispor também sobre sanções administrativas), que reuniu as infrações ambientais previstas em leis esparsas, tratou como crime algumas condutas antes consideradas contravenções penais, criou novos tipos penais e ainda previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

As críticas apontam a inadequação do direito penal para a tutela do meio ambiente, por diversas razões, e acusam a Lei n. 9.605/98 de afronta ao *direito penal mínimo*, na medida em que tipifica condutas que poderiam ser tratadas pela simples reparação do dano, ou mesmo na esfera administrativa, uma vez que não configuram lesões ao bem jurídico tutelado³⁴.

³⁴ Miguel Reale Junior acrescenta ainda que a Lei n. 9.605/98 “criminaliza, no mais das vezes, ações e omissões que constituem, antes, desatenção aos interesses da Administração, desobediência a interesses, do que atos efetivamente lesivos do bem jurídico fundamental que se visa tutelar e justificadamente dignos de proteção penal” (REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 121, jan./mar. 1999).

Dois pontos merecem destaque entre os motivos que fariam o direito penal inadequado para a tutela ambiental: a dificuldade de tipificação em matéria ambiental, devido à complexidade da questão, e o caráter repressivo do direito penal, tendo em vista que a prevenção é preferível no que tange à proteção do meio ambiente.

Antes, porém, de tecer comentários às críticas apontadas pela doutrina, importa perquirir em que hipóteses o legislador poderá tutelar penalmente os bens jurídicos.

Nessa esteira, várias teorias e bases jusfilosóficas foram desenvolvidas ao longo da história, visando determinar em que situações estaria o Estado autorizado a lançar mão de seu poder-dever de punir. De todo modo, a doutrina apresenta-o hodiernamente como um *ato de necessidade* na tutela dos bens mais importantes da vida social contra usurpações particulares, e que deve ser exercido dentro de limites rígidos, tendo em vista que a pena importa a limitação de bens jurídicos de grande importância, como a liberdade³⁵.

Nesse contexto, merece destaque o *princípio da legalidade*, verdadeira salvaguarda das liberdades individuais e limitador do poder de punir do Estado. Entre nós, encontra-se insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, e, segundo ele, nenhum fato será considerado crime sem lei anterior que o defina e nenhuma pena será aplicada sem prévia cominação legal.

Pode-se dizer que o crime distingue-se das demais transgressões devido ao grau de importância dado ao bem jurídico atingido pela conduta reprovável, importando, por isso, na aplicação de sanção mais severa, ou seja, a pena. Daí decorre o caráter fragmentário do direito penal, pois não encerra um sistema exaustivo de proteção aos bens jurídicos, mas apenas elege, conforme o critério do “merecimento da pena”, determinados bens essenciais³⁶.

O *princípio da fragmentariedade* do direito penal conduz à sua subsidiariedade, isto é, ele só atuará quando outros meios jurídicos se mostrarem insuficientes para a tutela de determinado bem jurídico.

Dessas assertivas, infere-se o *princípio da intervenção mínima*, que limita a atuação do direito penal como *ultima ratio*, devendo atuar apenas no caso de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Constata-se, de imediato, que os princípios norteadores do direito penal, baseados no quadro de valores do Estado Democrático de Direito, representam verdadeira limitação do poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.

A eleição de bens jurídicos dignos da máxima proteção do Estado, isto é, da tutela penal, é questão debatida na doutrina, donde se extraem diversos critérios³⁷. Pode-se

³⁵ Beccaria afirma que o direito de punir do Estado deve ser exercido dentro de limites mínimos, “o resto é abuso e não justiça, é fato, mas não direito”. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 29.

³⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 23.

³⁷ Sobre as teorias e critérios de valoração de bens jurídicos, consulte-se PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 64; PRADO, Luis Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 43.

afirmar, entretanto, que todos apontam a Constituição como parâmetro para o legislador optar entre a proteção penal ou não de determinado bem jurídico³⁸.

Nesse particular, a criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente no Brasil ficou estabelecida no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, que prevê expressamente as *responsabilidades criminal e administrativa*, independentemente da obrigação de reparar os danos causados³⁹.

Mesmo que a Constituição não tivesse determinado a responsabilidade criminal por danos ao meio ambiente, a tutela penal desse bem jurídico estaria justificada pela importância dos bens ambientais à vida humana, mormente os recursos naturais; pela irreversibilidade dos danos e pelo caráter transindividual e intergeracional. Vale dizer, se os danos causados ao patrimônio de *uma* pessoa recebem o agasalho do direito penal (e, diga-se de passagem, com penas severas), com mais razão será a tutela penal do meio ambiente, patrimônio de *todos*, inclusive das futuras gerações⁴⁰.

Ressalte-se, porém, que a tutela penal do meio ambiente não deve importar a tipificação indiscriminada de qualquer conduta lesiva, mas sim das afrontas mais sérias ao meio ambiente⁴¹. Os anseios ambientalistas de proteção do meio ambiente a qualquer custo devem ser evitados, sob pena de se cair na tendência de transformar o direito penal em tábua de salvação de todas as aflições⁴².

Feitas essas ressalvas e partindo-se da autorização constitucional do exercício do poder de punir do Estado em matéria ambiental, importa determinar especificamente *quais* condutas merecem resposta mais severa e, ainda, *em que hipóteses* outros instrumentos jurídicos se mostram insuficientes para a sua proteção.

Ressalte-se que essas questões, e somente essas, dizem respeito a uma autorização do poder-dever de punir do Estado em matéria ambiental. Adiante-se que críticas acerca

³⁸ Nesse sentido, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 19: “[...] sendo a Constituição a norma fundamental de cada comunidade, e impondo, assim, os seus princípios a todo o ordenamento jurídico, refletindo ela as concepções dominantes de uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual, parece-nos estar apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos fatos a criminalizar”.

³⁹ Digna de nota foi a aprovação no XII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Varsóvia em 1975, de resolução para tratar como delitos contra a humanidade e submeter à grave repressão as agressões ao meio ambiente.

⁴⁰ Reconhecem a necessidade da tutela penal do meio ambiente, entre outros, PRADO, *Bem jurídico penal...*, cit., p. 25; FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 32; FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 68; MILARÉ, *Direito do ambiente...*, cit., p. 345; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Tipicidade penal em matéria ambiental. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 7, n. 14, p. 166, jul./dez. 1999.

⁴¹ No mesmo entendimento, FERREIRA, op. cit., p. 68: “*ultima ratio* da tutela penal ambiental, significa que esta é chamada a intervir somente nos casos em que as agressões aos valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto do intolerável ou sejam objeto de intensa reprovação do corpo social”. Também nesse sentido, PRADO, Luis Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 64.

⁴² Nessa mesma linha, Miguel Reale Jr. faz pertinente observação ao considerar que “o imaginário de poder afastar, por via da ameaça criminal, fatos lesivos de qualquer quilate decorre, de um lado, da desconfiança da sociedade em relação a si mesma, às autoridades e às normas da Administração, acreditando-se que só serão respeitadas se houver a intimidação da sanção penal” (REALE JUNIOR, op. cit., p. 121).

da atual legislação penal ambiental (ou da própria eficácia do direito penal para proteção do meio ambiente), embora importantes, não dizem respeito aos fundamentos jurídicos da tutela penal do meio ambiente.

Tendo em vista que o meio ambiente é um *macrobem*, que envolve bens naturais e artificiais, não se pode pretender que o direito penal seja capaz de protegê-lo como um todo, mas sim que tutele os elementos que o compõem, tais como as águas (rios, mananciais, mares etc.), os animais, as florestas, os monumentos históricos etc. A visão sistêmica do meio ambiente deverá atuar como princípio orientador na aplicação da norma penal, servindo, outrossim, para determinar a *insignificância* do crime.

Destaca-se, desde logo, que não se pode esperar que o legislador seja capaz de prever a infinidade de condutas que importam danos aos bens ambientais. Todavia, a tipificação das condutas lesivas merece atenção redobrada em obediência ao princípio da legalidade que, em sentido formal, apresenta como corolário o *princípio da reserva legal* e, em sentido material, o *princípio da taxatividade*⁴³.

O princípio da taxatividade representa função de garantia e determina que os tipos penais sejam claros e exatos, de forma que a conduta proibida seja facilmente compreendida pelos indivíduos.

Ocorre que a especialidade e a multidisciplinaridade do meio ambiente, que necessitam correntemente de definições e dados técnicos de outras áreas, tornam extremamente difícil a tarefa da tipificação em matéria ambiental, forçando o legislador a utilizar excessivamente técnicas legislativas inadequadas às normas penais. Exemplo disso é o uso de tipos penais abertos, entendidos como aqueles que não apresentam descrição típica completa, como os crimes culposos ou comissivos por omissão e, ainda, aqueles que contêm elementos normativos do tipo que dizem respeito à antijuridicidade e são traduzidos em expressões como *relevante interesse ambiental*, *regeneração natural*, *poluição* etc.

Outra questão muito debatida é o uso indiscriminado de normas penais em branco, ou seja, que possuem conteúdo incompleto e preceitos formulados de forma genérica, dependendo de outros textos normativos para sua total aplicação. Édis Milaré aponta que a Lei n. 9.605/98 foi pródiga no emprego dessa técnica⁴⁴.

A título de exemplo, cite-se o art. 34 da referida Lei, que dispõe em seu *caput*: “Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente”.

Observe-se que não há menção aos períodos de pesca proibida, aos lugares interditados e, tampouco, a quais são as espécies aquáticas que devem ser preservadas. Exemplo clássico de norma penal em branco, o tipo penal transcrito necessita de complementação ou integração de outros atos normativos.

Ocorre que, nos crimes contra o meio ambiente, a detalhada e exaustiva descrição do comportamento do agente mostra-se, na maioria das vezes, bastante difícil ou quase

⁴³ PRADO, Alessandra R. M., op. cit., p. 93.

⁴⁴ MILARÉ, Édis. A nova tutela penal do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 94, out./dez. 1999.

impossível; por isso é necessário que a lei faça, com certa frequência, remissão a disposições externas, a normas e a conceitos técnicos⁴⁵.

Ressalte-se que o próprio Código Penal apresenta algumas normas penais em branco em seu texto, como o art. 269, que tipifica a conduta do médico que deixa de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória. Essas doenças são determinadas por outras leis ou regulamentos.

Conclui-se que a adoção das normas penais em branco no âmbito penal não é vedada por completo, devendo ser utilizada sempre que inviável a enumeração de todas as possibilidades⁴⁶. O art. 34 da Lei n. 9.605/98, por exemplo, não poderia ser diferente, já que depende de determinação dos períodos de reprodução de *cada* espécie e, ainda, dos locais considerados “berços” ou de reprodução.

Alguns tipos penais, acertadamente, consagram a punibilidade a título de culpa, visto que muitas ações lesivas ao meio ambiente decorrem de imperícia, imprudência ou negligência, não sendo possível determinar se o agente tinha ou não intenção de causar a lesão ao meio ambiente. Édis Milaré aponta os constantes derramamentos de óleo no mar, provocados por embarcações malconservadas, em que não se consegue provar a intenção do armador para a deterioração do ambiente marinho. Nesses casos, a falta de previsão do crime a título de culpa impossibilitaria a aplicação da pena⁴⁷.

Obviamente que quanto aos crimes culposos é preciso cautela, evitando-se cair em absurdos como o do art. 62 da Lei n. 9.605/98, que prevê modalidade culposa da conduta que cause destruição de bens protegidos (obras de arte, arquivos, biblioteca etc.). Miguel Reale Jr. ironizou ao figurar a hipótese de, num desastre de automóvel, bater-se acidentalmente em um monumento público⁴⁸.

Críticas também são lançadas ao art. 2º da Lei, que cria um dever geral de impedimento da prática de crime ambiental com relação aos dirigentes e empregados de pessoas jurídicas. Assim, qualquer funcionário da empresa, sabendo da conduta criminosa de outrem, sujeito ou não a seu comando, tem o dever de impedir a prática de delito, desde que possa agir para evitá-la.

Fica, portanto, estabelecido o crime comissivo por omissão de quem, podendo evitar a prática de crime ambiental, deixa de fazê-lo. O crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão caracteriza-se pela violação do dever jurídico de impedir o resultado atribuído pela lei⁴⁹.

⁴⁵ Cf. FREITAS, op. cit., p. 36.

⁴⁶ Nesse sentido, COSTA NETO, op. cit., p. 173: “torna-se indispensável, contudo, a fim de que não se desborde para o arbítrio, intolerável em um Estado de Direito, que o legislador restrinja ao máximo o emprego de tais formas de tipificação, limitando, também, o campo da complementação, em relação às normas penais em branco, àquilo estritamente necessário à definição da conduta delituosa”. Confira-se também MILARÉ, *A nova tutela penal...*, cit., p. 95.

⁴⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente...*, cit., p. 353.

⁴⁸ REALE JÚNIOR, op. cit.

⁴⁹ Miguel Reale Jr. critica esse dispositivo por considerar que a norma confunde dever de agir com poder de agir, criando um dever genérico de impedir o fato, que, segundo ele, é um dos *mais gritantes exemplos do neototalitarismo penal* (REALE JÚNIOR, op. cit., p. 122). Cumpre investigar, todavia, se o *dever* de proteção e preservação imposto pela Constituição no *caput* do art. 225 exerceria alguma função na configuração desse delito.

É certo, porém, que a maior polêmica em torno da Lei n. 9.605/98 ficou por conta da previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica⁵⁰. Entendemos que, apesar das interpretações literais possíveis dos dispositivos constitucionais que supostamente autorizariam a aplicação de penas às pessoas jurídicas, o sistema penal brasileiro, fundado no princípio da subjetividade do agente e da pessoalidade das penas, não comporta a responsabilidade penal das pessoas jurídicas⁵¹.

Entretanto, em que pese às críticas à Lei em comento e às dificuldades enfrentadas pela questão por conta da teoria penalista da conduta, os órgãos responsáveis não podem deixar de aplicar o que determina a Lei quanto às pessoas jurídicas, cabendo ao aplicador fazer as adaptações processuais necessárias em atenção ao devido processo legal e aos princípios gerais do processo.

É notório que os maiores danos ambientais são conseqüências de atividades industriais; por isso a responsabilidade das pessoas jurídicas surge como espinha dorsal da proteção do meio ambiente, independentemente de ser penal ou civil, já que as penas previstas para as pessoas jurídicas poderiam ser aplicadas na esfera cível sem maiores problemas.

O tratamento da questão, no entanto, é tormentoso, porque as empresas sempre terão a seu favor a necessidade de manutenção das atividades, a questão do emprego, da geração de riquezas, dos tributos, enfim, a atividade econômica sempre esbarra com a proteção do meio ambiente, demonstrando a necessidade de ponderação dos interesses ambientais com a livre iniciativa.

No que tange às demais críticas lançadas à Lei n. 9.605/98, pela má formulação dos tipos penais ou pela deficiência de dispositivos processuais, sobre os quais não será possível discorrer neste momento, pode-se dizer que a maioria das falhas poderá ser sanada pela interpretação, ficando a cargo da jurisprudência traçar as hipóteses e limites de incidência das normas penais.

⁵⁰ A questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil tem origem em duas normas constitucionais (art. 173, § 5º, e o art. 225, § 3º) que dividem a doutrina quanto à sua interpretação. Juarez Cirino dos Santos observa que constitucionalistas e penalistas interpretam os dispositivos de maneira diversa. Quanto à interpretação do § 3º do art. 225, os constitucionalistas entendem que as pessoas jurídicas também são passíveis de sanções penais; os penalistas, por sua vez, insistem que as diferenças semânticas das palavras *condutas* e *atividades* são empregadas no texto como base de correlação entre *peças físicas* e *peças jurídicas* e, ainda, entre *sanções penais* e *sanções administrativas*. Assim, aqueles que se mostram contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica entendem que o dispositivo determina que as *condutas* lesivas ao meio ambiente sujeitarão as *peças físicas* a *sanções penais*, enquanto as *atividades* lesivas ao meio ambiente sujeitarão as *peças jurídicas* a *sanções administrativas*. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 2, n. 17, p. 893, jul. 2002.

⁵¹ Nesse sentido, Miguel Reale Júnior assevera que, “se a ação delituosa se realiza com o agente realizando uma opção valorativa no sentido do descumprimento de um valor cuja positividade a lei penal impõe, se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa” (REALE JÚNIOR, op. cit., p. 123). Na mesma linha, Mirabete assevera que “a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, quer se entenda ser ela *ficção* legal (Savigny, Ihering), *realidade objetiva* (Gierke, Zitelmann), *realidade técnica* (Planiol, Ripert) ou se adote a teoria *institucionalista* (Hauriou). É impossível a uma *ficção* a prática de fatos criminosos, e aos entes reais compostos de pessoas físicas não se adapta o conceito penal de dolo ou culpa (puramente subjetivo)” (MIRABETE, op. cit., p. 122).

Ressalte-se ainda que a tutela penal dos micróbios ambientais deve partir do pressuposto que instrumentos não-penais também atuam para sua proteção. Neste ponto, importa demonstrar por que consideramos esses instrumentos insuficientes e defendemos a proteção do meio ambiente nos três âmbitos: administrativo, cível e penal.

A insuficiência dos instrumentos administrativos e civis deve ser contextualizada num plano global do sistema de proteção ambiental. As sanções a serem aplicadas são voltadas para a reparação ou composição dos danos e geralmente importam a aplicação de multa (que não pode ultrapassar um limite imposto por lei). Pois bem, imagine-se um grande fazendeiro ou um grande empresário que venha a degradar parte de uma reserva florestal. A composição ou reparação em matéria ambiental, como se sabe, é extremamente difícil e, por vezes, impossível; por outro lado, a multa vai ser paga sem muita dificuldade, segundo o raciocínio econômico do custo/benefício. Isso sem contar os problemas decorrentes da insuficiência da fiscalização e da Administração Pública em geral.

Como se vê, os prejuízos ambientais podem continuar num círculo vicioso. A tutela penal, por sua vez, pode trazer implicações mais sérias para quem vier a degradar o meio ambiente, prevendo, inclusive, a pena privativa de liberdade em caso de contumácia delitiva. Acrescente-se, inclusive, que a prevenção geral em matéria de crimes contra o meio ambiente tem mais chances de progresso do que nos crimes contra o patrimônio, por conta do perfil do agressor⁵².

Não se pretende fazer apologia à pena privativa de liberdade, até porque a Lei n. 9.605/98, acertadamente, adotou postura perseguida pelo direito penal moderno, ao estabelecer no art. 7º substituição da prisão pelas penas restritivas de direito⁵³; em verdade, visa-se ressaltar que o direito penal, quer queira, quer não, é eminentemente repressivo e, como tal, é o último limite de tolerância em face das afrontas aos *bens essenciais* da vida em sociedade.

Volta-se, portanto, à questão da eleição dos bens que merecem a imposição de pena, na qual o não-reconhecimento da essencialidade do meio ambiente demonstra, outrossim, o caráter patrimonialista do nosso sistema punitivo, que trata severamente crimes contra o patrimônio, mas hesita em reconhecer um direito de todos.

Nesse contexto, poder-se-ia dizer que o crime de furto atenta contra o princípio do direito penal mínimo, tendo em vista que poderia ser evitado por via de outros

⁵² Como lembra Antonio Herman V. Benjamin, “a sanção penal traz consigo um forte estigma social, o que não é próprio nem da sanção administrativa, nem da atuação reparatória” (BENJAMIN, Antônio Herman V. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral. In: *Ministério Público e Democracia* – Livro de teses. Fortaleza: Conamp, 1998. t. 2, p. 393).

⁵³ Tendo em vista que a substituição será feita para os crimes culposos e para aqueles cuja pena privativa de liberdade cominada é inferior a 4 anos, constata-se que a Lei adotou a preferência por outras penas que não a prisão; basta lembrar que a esmagadora maioria dos tipos penais previstos na lei possui pena privativa cominada de até 4 anos. Nesse sentido, Édis Milaré afirma que “segundo o sistema da nova lei, as penas alternativas passaram a constituir regra, ficando reservadas as penas privativas de liberdade para casos excepcionais. Com efeito, aplicada que seja a pena máxima estabelecida para o crime, apenas os tipos descritos nos arts. 35, 40, 54, §§ 2º e 3º, e 56, § 2º, não admitiriam a substituição da pena de prisão pela restritiva de direitos” (MILARÉ, *Direito do ambiente...*, cit., p. 362). Acrescente-se que a maioria das infrações penais previstas na Lei, pela quantidade de pena cominada, enseja a aplicação dos institutos da transação penal, da suspensão do processo e da suspensão condicional da pena (art. 16).

instrumentos, como policiamento ostensivo; ademais, a recomposição dos danos na esfera cível (reparação) resolveria a questão, afinal, não há uso de violência física ou moral. Com raríssimas exceções, todavia, ouvem-se vozes nesse sentido.

Assim, os discursos penais em prol do direito penal mínimo podem conter, nas entrelinhas, a preocupação daqueles que seriam os principais prejudicados. Em outras palavras: o processo de democratização e de defesa do exercício amplo da cidadania, somado ao reconhecimento dos direitos metaindividuais, representa para uma elite econômica séria ameaça, já que é ela a principal agressora dos direitos do consumidor, do meio ambiente etc.

Por derradeiro, cumpre destacar a questão da eficácia jurídica e social (efetividade) da tutela penal do meio ambiente.

No que tange à eficácia jurídica, são impertinentes as alegações de que o sistema punitivo é ineficaz para a proteção ambiental, pois a modalidade de eficácia conferida às normas penais é a mesma qualquer que seja o bem tutelado. Vale dizer, a proteção que o direito penal oferece ao meio ambiente é a mesma que tem a oferecer à vida, à integridade física, ao patrimônio etc.

A efetividade, por sua vez, dependerá do reconhecimento social da importância do bem tutelado. Neste ponto, encontra-se um dos maiores problemas da repressão criminal em matéria ambiental: o não-reconhecimento social do ilícito ambiental como ilícito penal, que acaba por transformar as normas ambientais em “direito simbólico”. Paulo de Bessa Antunes adverte, nesse sentido, que não existe afirmação e aceitação sociais claras de que os atentados contra o meio ambiente sejam, de fato, considerados como criminosos⁵⁴.

Esse fato é preocupante, mormente em face da deficiência da fiscalização, demonstrando, no mínimo, que a conscientização da importância do meio ambiente ainda não atingiu a todos.

Ressalte-se, ainda, que a falência do direito penal não pode servir de argumento contrário à tutela penal ambiental. As dificuldades em matéria penal devem ser minimizadas por uma política criminal séria, cuja implementação vem sendo postergada por falta de vontade política. Veja-se, por exemplo, a Lei de Execuções Penais. Criada no intuito de substituir o caráter punitivo-repressivo das penas por propósitos reeducadores e ressocializantes, não tem produzido resultados concretos por conta da omissão do Executivo, que até hoje não promoveu os investimentos necessários em fábricas-modelo, estabelecimentos penais adequados e casas de custódia.

Entendemos que a tutela penal do meio ambiente deve ficar limitada à proteção dos microbens que o compõem (nos moldes da Lei n. 9.605/98) e a construção dos tipos penais deve ser feita com respeito aos princípios orientadores do direito penal.

As normas penais devem agir como resposta de reserva para aqueles infratores que, a despeito de todas as regras e princípios que limitam e condicionam a fruição dos bens naturais e artificiais, ainda desafiam as autoridades ao perseguir, capturar, comercializar animais silvestres, destruir áreas de preservação, extrair ilegalmente vegetais e minerais, provocar queimadas, despejar resíduos industriais em rios etc.

⁵⁴ ANTUNES, op. cit., p. 668.

4.1 Críticas de Winfried Hassemer à tutela penal do meio ambiente

No I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada do Porto vinculado ao tema “Dano Ecológico – Formas Possíveis das suas Reparação e Repressão”, realizado nos dias 23, 24 e 25 de novembro de 1995, Winfried Hassemer, juiz da Corte Constitucional da Alemanha e catedrático de Ciências Penais da Universidade de Frankfurt, realizou importante conferência acerca da tutela penal ambiental⁵⁵.

As críticas e observações feitas por Hassemer tornam-se importantes, sobretudo, porque o processo de criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente na Alemanha equivale ao caminho percorrido no Brasil, podendo ser sintetizado em três estágios: num primeiro momento, tinha-se assegurado a tutela dos bens jurídicos clássicos (tais como a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio) por meio dos crimes de perigo comum, que também podem advir de atentados contra o meio ambiente, configurando, assim, a tutela indireta desse bem; num segundo momento, tinha-se a tutela direta por meio de legislação extravagante, constituída basicamente por normas administrativas, mas guarnecidas de algumas sanções penais (no Brasil, tratava-se de um verdadeiro mosaico); e, no terceiro estágio, marcado por um esforço generalizado de se criar um novo ramo de direito (direito ambiental), foi acrescentado novo capítulo ao Código Penal Alemão (StGB) (no Brasil, não houve inclusão de dispositivos no Código Penal, e sim a publicação da Lei n. 9.605/98).

Hassemer asseverou que o direito penal ambiental se mostrou contraproducente na Alemanha, sofrendo as normas penais ambientais do que ele denominou de “déficit de execução”.

Tal fato foi evidenciado, segundo o jurista, porque as próprias instâncias formais de controle, incumbidas da aplicação da lei, contribuíram para a falência da persecução penal, dadas as dificuldades inerentes aos casos ambientais que, segundo Hassemer, “são complicados demais para a justiça criminal”. Foi constatada, inclusive, tendência para se preferir pôr termo ao processo logo na fase preparatória, que é a fase de inquérito (*Ermittlungsverfahren*), da competência do Ministério Público.

Hassemer acrescentou que a possibilidade de acordo prevista no direito processual alemão, baseado no modelo do *plea bargaining* anglo-saxônico, acaba por aumentar o insucesso da repressão criminal dos atentados contra o meio ambiente e que raramente se chega à aplicação da pena.

Hassemer compartilha da opinião de que o direito penal não é instrumento adequado para lidar com as questões ambientais. Uma das razões seria a *accessoriedade administrativa* (*Verwaltungsakessorietat*), segundo a qual o direito penal fica na dependência do direito administrativo, que demarca os limites e as fronteiras de utilização e fruição dos bens ambientais. Hassemer entende que o direito penal transforma-se, por essa via, em instrumento auxiliar da Administração.

⁵⁵ As atas desse congresso foram objeto de publicação, em janeiro de 1997, em edição especial da *Revista de Ciência e Cultura da Universidade Lusíada*, Série de Direito. A Conferência de Hassemer foi publicada no Brasil na *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 6, n. 12, p. 213-228, jul./dez. 1998.

O jurista alemão defende a acessoriedade administrativa em matéria ambiental, mas considera que a ilicitude das condutas passa a ser objeto de renegociação direta entre a Administração e o potencial infrator, fazendo com que o direito penal perca a credibilidade para a generalidade dos cidadãos.

Outro problema apontado pelo juiz na tutela penal do meio ambiente diz respeito às *dificuldades de imputação da responsabilidade criminal* devido à impossibilidade de imputação de responsabilidade coletiva do direito penal, que seria um empecilho, já que a maioria das condutas lesivas ao meio ambiente decorre de decisões coletivas; e, ainda, pela dificuldade de determinar qual a modalidade de produção do fato lesivo, a ação ou a omissão.

Hassemer acrescenta que os *fins da pena em matéria ambiental não são atingíveis*, a ressocialização do infrator não é necessária e a prevenção geral não funciona devido ao “déficit de execução”, concluindo que o direito penal ambiental é “*direito penal simbólico*”, não servindo para a proteção efetiva dos bens jurídicos, mas somente para propósitos de jactância da classe política, na medida em que se apresenta como a maneira menos custosa ao Estado para acalmar contestações políticas⁵⁶.

Hassemer acaba por concluir que a atuação do direito penal deve ficar restrita à tutela dos bens clássicos, mantendo-se os crimes de perigo comum e extirpando-se tudo que pressuponha a acessoriedade administrativa. Propõe, ainda, a criação de um novo ramo de direito, por ele designado como *direito de intervenção (Interventionsrecht)*, que reuniria as franjas dos outros ramos de direito que têm relação direta com o chamado direito ambiental⁵⁷.

Dentre as características desse novo ramo, Hassemer defende a imputação de responsabilidades coletivas com a aplicação de penas adequadas às empresas, sendo dotado de catálogo de sanções rigorosas, como a dissolução de sociedades e o fechamento de empresas poluidoras. O direito penal, por sua vez, teria nesse ramo função de garantir o cumprimento dos deveres impostos pela Administração Pública, sendo punível, por exemplo, a omissão do dever de comunicar às autoridades a utilização de produtos perigosos ou nocivos por parte de uma empresa.

O magistrado tedesco preconiza a total transparência da Administração Pública em matéria ambiental com garantia do acesso à informação ambiental, a fim de possibilitar uma maior participação da sociedade e dar maior sentido à ação popular.

Na trilha das críticas e sugestões apontadas por Winfried Hassemer, passamos a tecer algumas observações, que traduzem nosso posicionamento:

- a) O “déficit de execução” só é evidenciado quando as instâncias formais responsáveis pela aplicação da lei não o fazem. Por isso, mesmo que não haja

⁵⁶ Cf. HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente pelo direito penal. [Adaptado por Paulo e Souza Mendes.] *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 6, n. 12, p. 220, jul./dez. 1998.

⁵⁷ HASSEMER, op. cit., p. 225: “Este novo ramo deveria condensar os seguintes elementos: a) direito penal; b) fatos ilícitos civis; c) contravenções (*Überschreitungen*); d) direito de polícia (*Polizeirecht*); e) direito fiscal; f) medidas de matriz econômico e financeiro; g) planejamento do território; h) proteção da natureza; i) direito municipal (*Kommunalrecht*)”.

reconhecimento social do ilícito penal ambiental, presentes os indícios da materialidade e autoria do crime, cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia. O caráter transindividual do direito ao meio ambiente obriga, ainda, total seriedade e responsabilidade quanto aos termos de ajustamento de conduta, cuja inadequada utilização pode trazer sérios prejuízos ao meio ambiente.

- b) A acessoriedade administrativa é inafastável no tocante às questões ambientais e não deve ser vista como um obstáculo para a tutela penal. Ela se apresenta pela complementação do conteúdo das normas penais em branco por portarias, decretos, impondo limites e tornando clara a conduta proibida, e pela necessidade constante de laudos, perícias, para a determinação da ocorrência e extensão de danos. Ademais, as eventuais complexidades das novas demandas sociais não devem ser consideradas óbices para sua tutela jurídica; ao contrário, o direito deve estar aberto para amparar qualquer lesão aos direitos dos indivíduos, mormente num contexto de ameaça à própria existência do Homem.
- c) A falência dos fins da pena não ocorre só nos crimes ambientais. Dizer que a ressocialização do infrator ambiental não é necessária não nos parece o melhor entendimento. Entendemos que tanto a prevenção geral quanto a específica têm mais chances de prosperar nos crimes ambientais, devido ao perfil do criminoso. Desde o agricultor mais humilde (que provoque queimadas) até o grande empresário (que despeje lixo industrial em um rio), a pena ainda é ameaçadora, seja pelo estigma social ou pela publicidade negativa.

No que tange à sugestão do juiz alemão acerca do “Direito de Intervenção”, cumpre ressaltar que, à época da Conferência (1995), a tendência era no sentido de defender um direito ambiental autônomo, que foi substituída, posteriormente, pela inserção do direito ao meio ambiente no seio do direito constitucional, devendo servir de princípio orientador para outros ramos do direito. Por isso, hodiernamente, os elementos (direito penal, direito fiscal, direito de polícia, planejamento de território etc.) que, segundo Hassemer, deveriam integrar esse “novo” ramo, permanecem em suas searas próprias, mas levando em consideração os princípios ambientais.

Ressalte-se que duas outras reivindicações de Hassemer já podem ser encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, como a responsabilidade dos entes coletivos (Lei n. 9.605/98) e a garantia de acesso à informação ambiental (Lei n. 9.650/03).

5 Conclusão

Ao cabo do explicitado, parece ausente de dúvida que a eficácia (e efetividade) do sistema de proteção ambiental depende: a) da implementação de políticas de infraestrutura, como saneamento básico (água canalizada e rede de coleta e tratamento de esgoto), parcelamento do solo urbano, zoneamento ambiental e industrial, controle de ocupação de áreas de risco humano e ambiental etc.; b) da máxima eficiência da Administração Pública, principalmente no tocante à atividade fiscalizatória; c) da atuação do Ministério Público; d) da implementação da educação ambiental como matéria obrigatória nos currículos

escolares; e) do incremento do debate acerca da questão ambiental no espaço público, favorecendo o exercício da cidadania ambiental; f) da utilização integrada dos instrumentos jurídicos (administrativos, civis e penais) voltados para a *reparação* dos danos e *repressão* das condutas lesivas.

Em que pese à escassez de recursos estatais para investimento em políticas públicas, agravada pelas desalentadoras tendências de desresponsabilização do Estado com a área social, torna-se imperioso buscar alternativas fiscais e extrafiscais de obtenção de recursos, sem perder de vista a otimização das receitas já existentes e que vêm sendo mal empregadas (como se não bastassem os poucos recursos investidos em meio ambiente, estes ainda são desviados para cobrir rombos da crise fiscal, que quase sempre é fruto de má administração).

Quanto à máxima eficiência da Administração Pública, as dificuldades apresentadas poderiam ser temas de dezenas de teses. De todo modo, a fiscalização das atividades potencialmente lesivas merece maior atenção por parte dos administradores, por conta da complexidade da questão ambiental. Neste ponto, basta ressaltar que uma fiscalização eficiente reduziria drasticamente a extensão dos danos ambientais.

O problema brasileiro, no tocante às políticas públicas, não é apenas de falta de recursos, mas também de falta de vontade política. Se assim ocorre, cabe ao Ministério Público, por meio dos mecanismos jurídicos cabíveis, e à sociedade, por intermédio da cidadania participativa, compelir os representantes eleitos a cumprirem todos os deveres que a função pública lhes impõe.

Por derradeiro, deve ser ressaltado que a questão ambiental evidencia e agrava as desigualdades sociais. Os reflexos dos danos ambientais são sentidos com maior intensidade pela população de baixa renda: milhões de pessoas vivem em estado de penúria, sem água potável, sem saneamento básico, em áreas de risco e em locais onde a suscetibilidade a doenças é muito alta.

Esse aspecto demanda que ao lado da perseguição dos grandes poluidores busque-se a erradicação da miséria, promovendo um meio ambiente sadio e equilibrado *para todos*, com a realização de obras de saneamento básico, urbanização, controle de ocupação de áreas de risco etc. Trata-se, portanto, de promover a *justiça ambiental*.

A tutela penal ambiental instituída pela Lei n. 9.605/98 (em que pese aos avanços e retrocessos) representa uma evolução na proteção do meio ambiente, uma vez que seguiu grande parte das orientações das modernas doutrinas penal e ambiental e reuniu a maioria dos tipos penais que se encontrava em legislações esparsas em nosso ordenamento jurídico, aproximando-o da desejável unidade no regramento de tema de “acesa” complexidade.

Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.
- . A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 115-40, out./dez. 1992.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral. In: *Ministério Público e Democracia – Livro de teses*. Fortaleza: Conamp, 1998. t. 2.
- BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 63-74, jun. 2002.
- . *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coords.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-110.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Tipicidade penal em matéria ambiental. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 7, n. 14, p. 165-181, jul./dez. 1999.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.
- FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente pelo direito penal. [Adaptado por Paulo e Souza Mendes.] *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 6, n. 12, p. 213-228, jul./dez. 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- . *Estudos de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- . A nova tutela penal do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 90-134, out./dez. 1999.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- PRADO, Luis Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- . *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- . *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 121-127, jan./mar. 1999.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 2, n. 17, p. 893-899, jul. 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.
- . *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TEICH, Daniel Hessel (Ed.). O Planeta pede socorro. *VEJA*, São Paulo, p. 80-87, 21 ago. 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 349-374, 2003.
- . A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: ——— (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 239-335.
- . O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Meio ambiente e desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 9, n. 11, p. 11-42, 1992.

O RACISMO À LUZ DO STF

*Ryanna Pala Veras**

I – Introdução

Este trabalho pretende tecer breves comentários à recente decisão do Supremo Tribunal Federal que examinou a questão da imprescritibilidade do crime de racismo praticado por Siegfried Ellwanger, à luz da teoria dos direitos fundamentais e das relações entre Direito Constitucional e Direito Penal.

É cada vez mais forte a tendência à “constitucionalização” das ciências jurídico-penais – Direito Penal e Direito Processual Penal –, seja em razão de a Constituição da República Federativa do Brasil trazer inúmeras disposições em matéria penal, seja pela definição de *novos* bens jurídicos que o Poder Constituinte originário considerou merecedores da tutela penal. Essa tensão entre a *proteção de bens jurídicos constitucionalmente definidos* e a velha concepção do Direito Penal como “a Carta Magna do delinqüente”, que limita e condiciona, formal e materialmente, o exercício do *jus puniendi* do Estado tem sido objeto de diversos estudos¹ e, não obstante, ainda está longe de produzir consenso entre os estudiosos.

O caso Siegfried Ellwanger² desperta interesse, também, pela atualidade do debate sobre os limites da liberdade de expressão e sua convivência *prática* com outros direitos

* Ryanna Pala Veras é Procuradora da República; Delegada do Núcleo Regional da ESMPU na PRM Santo André; mestrandia em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

¹ À guisa de exemplo, LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003; e PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Veja-se, também, a obra fundamental de SILVA-SANCHEZ, Jesus María. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, bem como a contribuição, mais antiga, porém atual, de CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal: crimes econômicos, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, legalidade, culpabilidade e justiça social*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

² Siegfried Ellwanger editava, distribuía e vendia ao público obras de autores brasileiros e estrangeiros com conteúdo anti-semita. Além de escritor, era sócio-gerente da Revisão Editora Ltda., empresa responsável pela edição, venda e circulação das seguintes obras: 1) *O judeu internacional*, de Henry Ford (2. reed. 1989); 2) *A história secreta do Brasil*, de Gustavo Tepedino (1. reed. 1990); 3) *Os protocolos dos sábios de Sião*, apostilado por Gustavo Barroso (4. reed. 1989); 4) *Brasil, colônia de banqueiros*, de Gustavo Barroso (1. reed. 1989); 5) *Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra*, de Luis Marschalko (3. ed.); 6) *Holocausto judeu ou alemão?: nos bastidores da mentira do século, dele próprio, sob o pseudônimo de S. E. Castan* (29. ed.). Por tal razão, Siegfried Ellwanger foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, como incurso no art. 20 da Lei n. 7.716/89, pela conduta de incitamento contra o judaísmo. A denúncia foi recebida em 14 de novembro de 1991, pela 8ª Vara Criminal de Porto Alegre. Foi Siegfried Ellwanger absolvido em primeiro grau. Após apelação do Ministério Público, em acórdão da lavra do desembargador Fernando Mottola, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 31 de outubro de 1996, pelo crime capitulado na denúncia, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, concedido o *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos. Contra essa decisão, foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, pleiteando o reconhecimento da prescrição da ação pela pena em concreto, pois já se passaram mais de 4 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória recorrível (art. 109, V, do Código Penal c/c art. 110, § 1º, e art. 117, I e IV, também do Código Penal). Sustentava tal ação ser inaplicável o disposto no art. 5º, XLII, da Constituição Federal ao crime em

fundamentais, em sua perspectiva *objetiva* (deveres de proteção do Estado; pauta objetiva de valores etc.)³.

II – A liberdade de expressão e manifestações preconceituosas

Em primeiro lugar, antes de qualquer outra consideração, temos que demarcar precisamente o campo de incidência dos direitos fundamentais envolvidos no presente caso.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, prevê como direito fundamental a liberdade de expressão, assim como a imprescritibilidade do crime de racismo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

XLII – a prática do *racismo constitui crime inafiançável e imprescritível*, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei;

[...]”.

Se, de um lado, a Constituição exaltou a liberdade de pensamento como um dos direitos fundamentais, de outro, manifestou seu repúdio ao racismo – atribuindo ao crime correspondente (definido em lei) os gravames da imprescritibilidade e inafiançabilidade.

questão, por a condenação não se referir à prática de racismo, mas sim pela incitação de preconceito contra judeus. Afirmou ainda não ter a comunidade judaica o caráter de raça, como prevê a Constituição Federal, mas sim de um povo, cujo conceito é distinto. E, por fim, também alegou que a norma constitucional visava apenas a abranger o preconceito derivado de cor, típico da cultura brasileira. A referida ação foi julgada em 18 de dezembro de 2001, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que em acórdão relatado pelo ministro Gilson Dipp denegou a ordem, por maioria de 4 (quatro) a 1 (um). Contra esse último acórdão, foi impetrado novo *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, questionando novamente se os judeus seriam efetivamente abrangidos pelo conceito de raça. O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido por entender que a definição do que seria “prática de racismo” se deu pela Lei n. 7.716/90 – e conseqüentemente todas as condutas nela previstas são imprescritíveis. O ministro Moreira Alves, relator do julgamento, emitiu voto pela concessão da ordem em razão de ter dado interpretação restrita ao termo “racismo” – pelo fato de a questão versar sobre direito penal, sujeito à estrita legalidade. Entendeu ser o dispositivo constitucional aplicável somente ao verbo praticar. Além disso, considerou o judaísmo não abrangido pelo conceito de raça. Em seguida, proferiu voto o ministro Maurício Corrêa, concedendo a ordem. Foi o ministro acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes, ministro Carlos Velloso, ministro Nelson Jobim, ministro Celso de Mello, ministra Ellen Gracie e ministro Cezar Peluso. Por fim, o julgamento foi concluído, em 17 de setembro de 2003, indeferindo-se o *habeas corpus* por maioria de votos (*DJ* de 19 mar. 2004).

³ Por exemplo, a questão da qualidade da programação de TV, a possibilidade de impedir a veiculação de programas em razão de seu conteúdo ofensivo aos princípios estabelecidos no art. 221 da Constituição Federal, amplamente debatida na Ação Civil Pública 2003.61.00.026412-1, proposta pelo Ministério Público Federal, e que resultou na determinação judicial para que não fosse ao ar o Programa “Domingo Legal” do Sistema Brasileiro de Televisão, que, semanas antes, havia divulgado entrevista com supostos membros do Primeiro Comando da Capital, organização criminosa que atua, sobretudo, nos presídios paulistas.

Note-se que a imprescritibilidade é de extrema gravidade e que excepciona a regra de todo o ordenamento jurídico penal – inclusive a dos crimes ditos hediondos (Lei n. 8.072/90).

Ocorre no presente caso um conflito de dois direitos fundamentais: o editor evoca sua liberdade de expressão para divulgar suas idéias anti-semitas, enquanto a acusação alude ser tal direito limitado em face de outro direito fundamental, o da *igualdade*, garantido pela imprescritibilidade do racismo.

Ressaltemos que Siegfried Ellwanger foi absolvido em julgamento de primeiro grau, por entender o juízo *a quo* que deveria prevalecer o direito à liberdade de expressão. Já a condenação do mesmo réu, em segundo grau, se deu justamente pelo fato de o Tribunal privilegiar o caráter criminoso da manifestação anti-semita, em face da liberdade de expressão do acusado.

Daí pode-se apreender a complexidade da questão constitucional que ora se analisa. A respeito do conflito entre direitos fundamentais, ensina Canotilho:

“De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza.

[...]

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstratos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos e abstratos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: princípio da concordância prática (Hesse); idéia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes (Lerche)”⁴.

Alerta Gilmar Mendes que tais restrições a direitos fundamentais devem ser feitas com observância do critério da proporcionalidade:

“Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*).

[...]

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1140.

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais *restrições são limitadas*. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou *limites dos limites*, que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”⁵.

Assim, concluímos que a norma sobre o racismo constitui uma restrição à liberdade de expressão, que, não obstante conservar seu núcleo essencial, encontra, na própria Constituição, os limites de seu exercício .

Tal interpretação foi a mesma adotada pelo ministro Maurício Corrêa no voto condutor no processo ora analisado. Diz o ministro:

“Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX, e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput, in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

E nesses casos há a necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada ‘concordância prática’ a que se refere a doutrina.

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, *devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco*”⁶ [grifos nossos].

Assim, tem-se que toda vez que há um conflito de direitos fundamentais devem-se harmonizar ambas as normas, se possível, e se forem incompatíveis, como no caso, ter-se-á que deve prevalecer a proibição ao racismo, sobre a liberdade de expressão.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 227 e 241.

⁶ Extraído do voto vista do ministro Maurício Corrêa.

Isso porque a proibição ao racismo encontra-se visceralmente ligada aos princípios da igualdade de todos os seres humanos e da dignidade da pessoa humana – que certamente não podem conviver com atitudes segregacionistas e difusoras do ódio e desprezo a um determinado grupo humano – seja qual for a sua origem ou característica. Equivale, em última análise, a negar ao *outro* sua condição de *humano*, ao procurar descrevê-lo como *inferior* em dignidade aos demais membros da comunhão humana.

Não se trata de simples restrição à liberdade de pensamento, mas do repúdio à difusão de idéias preconceituosas na sociedade. A história é testemunha de que num passado recente a Alemanha, por adotar a segregação de judeus, protagonizou um dos mais tristes episódios da história.

É justamente por repúdio a esses crimes contra a humanidade que se coíbe o racismo – que nada mais é que a ideologia propulsora do genocídio. A restrição da difusão conjunta dessa ideologia tem por fim preservar a igualdade das pessoas, que é a própria base do Estado Democrático de Direito e constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, expresso no art. 3º, IV, da Constituição Federal.

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 1º consagra como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana – valor cuja centralidade no ordenamento jurídico impõe-se como autêntico *parâmetro de interpretação* de todas as normas – mormente aquelas que consagram direitos fundamentais. Resta, dessa forma, evidente que o valor a prevalecer no caso é o da proibição do racismo – como forma de atentado à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

O ministro Gilmar Mendes cita uma passagem da obra de Boyle, que bem demonstra a importância da igualdade dos indivíduos para o regime democrático:

“A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. ‘Every one counts as one and no more than one’, como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa”⁷.

⁷ BOYLE, Kevin. Hate speech – The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*, v. 53, n. 2, 2001, p.490, extraído do voto de Gilmar Mendes – HC n. 82.424-2, ainda não publicado.

Desse modo, tendo em vista que a expressão do racismo põe em risco a própria democracia, afetando a decisão política fundamental da Constituição de 1988, cujo privilégio à igualdade (material e formal) é traço determinante, foi mais adequada a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal (ainda que tenha analisado a questão incidentalmente).

III – O conceito de raça

O principal ponto de divergência que norteou o processo ora analisado refere-se ao conceito de raça a ser adotado à luz do caso concreto.

A defesa de Siegfried Ellwanger pleiteou no Superior Tribunal de Justiça a declaração da prescrição retroativa do crime, sob o fundamento de que o crime pelo qual tinha sido o réu condenado não era propriamente o crime de racismo, e portanto seria prescritível. Entendia tratar-se de preconceito (gênero) em face de judeus – povo que segundo conceitos antropológicos e etnológicos não constituiria uma “raça”. Assim, por não ser o anti-semitismo voltado contra uma raça não há que se falar em racismo, mas sim em outra espécie de preconceito.

Afirmou-se que o crime de racismo é espécie do gênero preconceito, intolerância. Só que se trata de um preconceito voltado contra uma determinada raça. Mas questionou-se então se povo judeu era uma raça.

Para isso foram tomados três conceitos da palavra raça: o científico, o etimológico e o histórico-social.

a) o conceito científico

“Cientificamente”, quando se fala de “raça”, refere-se a um grupo de indivíduos que possuem caracteres biológicos semelhantes, que são transmitidos hereditariamente.

O ministro Moreira Alves adotou como válida a tradicional separação das raças em três: caucasiana, negróide e mongolóide e concluiu que os judeus não integravam qualquer dessas mencionadas raças, mas difundiam-se entre elas. Por isso, não poderia ser visto como raça – mas como um povo. Não estaria abrangido pelo crime de racismo.

Ora, tal interpretação não pode se impor ao caso. É quase consensual entre biólogos e geneticistas, pelos recentes avanços científicos no campo da genética, que não se pode mais falar em “raças”, no sentido atribuído à expressão pelo ministro Moreira Alves, entre seres humanos. Não há conceito científico de raça que possa ser aplicado – pois ele precisamente não existe (há muito mais semelhanças genéticas entre os diversos povos do que a mera aparência física sugere), e a tripartição apresentada pelo ministro Moreira Alves é obsoleta e inútil e por isso já foi abandonada pela ciência⁸. Mais do que *inútil* ou *obsoleta*, pode-se afirmar que essa *divisão* da espécie humana em *raças*, de acordo com o

⁸ Para uma visão abrangente do estado atual da genética e suas implicações sobre as ideologias fundadas no conceito dito “científico” de raça, ver a obra de CAVALLI-SFORZA, Luigi Luca. *Genes, povos e línguas*. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

perfil biológico (determinado pelos *alelos*), não se sustenta diante das conclusões recentes da genética. O que se tornou *inviável* é a pretensão de cientificidade de tais *divisões*, embora, por razões até óbvias, persistam as diferenças de *aspecto físico* entre os diversos grupos humanos. Elas, todavia, não podem ser levadas à conta de distinção substancial dos *genes* que determinam tais características *visíveis*.

Assim, temos que atualmente não se pode dizer que os seres humanos podem ser divididos em raças. Segundo a comunidade científica, a partir do mapeamento do genoma humano, pode-se concluir que as semelhanças entre brancos, negros e amarelos são tantas que impedem a divisão (pelo critério *biológico*) entre seres humanos. Tais dados científicos foram explicitados pelo ministro Maurício Corrêa:

“Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que *a genética baniu de vez o conceito tradicional de raça*. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter, ‘há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos’⁹.

Assim, com toda a certeza pode-se concluir que o ser humano, cientificamente falando, não pode ser dividido em raças. Portanto, ao se adotar essa concepção, o conteúdo da norma jurídica é totalmente esvaziado pois, *se há apenas uma raça (a humana) é impossível haver racismo, no sentido de discriminação fundada no critério de raça, entre seres humanos*.

Por ser norma definidora de direitos fundamentais, não pode o art. 5º, XLII, da Constituição Federal ser desprovido de qualquer eficácia; por assim dizer, uma prescrição inútil, sem sentido. Mesmo porque, num regime democrático, deve-se dar o mais amplo efeito às normas que definem direitos fundamentais.

Desse modo, tendo em vista que a Constituição não traz palavras inúteis – notadamente quanto a direitos fundamentais –, resolveram todos os julgadores do caso, com a única exceção do ministro Moreira Alves, afastar os critérios científicos para dar sentido ao termo raça.

⁹ Extraído do voto vista do ministro Maurício Corrêa.

b) o conceito etimológico

O conceito etimológico de raça pode ser assim exposto: “raça [...] Etim it. *razza* (sXV) ‘conjunto de indivíduos de uma espécie animal ou vegetal com características constantes e transmitidas aos descendentes’”¹⁰.

Etimologicamente, o conceito de raça é rejeitado por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial; certas culturas de raças.

Tomando a interpretação literal da Constituição – temos que a palavra “raça” surgiu do termo italiano *razza*, que possuía significado semelhante ao científico.

É, portanto, inadequada essa via para concretizar a Constituição. Deve-se ressaltar que a Constituição é o documento jurídico maior de um Estado e inegavelmente se dirige a todos os seus cidadãos e não a cientistas ou juristas. Para que haja a exata compreensão de suas disposições por seus destinatários é preciso se afastar de linguagem técnica e rebuscada e tentar dar sentido ao seu conteúdo buscando a maior compreensão por todos.

Tal entendimento foi exposto com bastante clareza por Celso Lafer, citando Gilmar Mendes em seu parecer:

“Parece hoje superada a idéia que recomendava a adoção do chamado método hermenêutico clássico no plano da interpretação constitucional. [...] tal como anotado por Bockenforde, a idoneidade da tópica e do pensamento problemático precisamente para a interpretação da Constituição baseou-se na ‘abertura estrutural’ da Constituição, na sua pouca densidade normativa e na continuidade de seus textos, na amplitude e na indeterminação de seus elementos. É nessa linha de entendimento que Scheuner chega a classificar a tópica como a específica hermenêutica constitucional.

Nessa concretização, um dos elementos a ser tomado em conta é, certo, o texto da norma. Mas na atribuição do significado deve-se também averiguar aqueles que lhe são conferidos pela sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, como propôs Haberle, eis que *a interpretação é um processo aberto não se confundindo com a passiva recepção de uma ordem.*

Com efeito. No plano do direito constitucional amplia-se a tarefa do intérprete, pois a Constituição traduz valores ético-políticos e convicções construídas na sociedade no evolver do processo histórico, trazendo no seu bojo a institucionalização de princípios fundamentais, antes denominados princípios gerais do direito, e de diretrizes decorrentes de valorações sociais elaboradas ao longo do tempo, razão pela qual a interpretação reveste-se de forte conteúdo valorativo e de referências à própria idéia de direito, de sociedade e de ética”¹¹ [grifo nosso].

Assim, não se pode isoladamente também se pretender adotar tal conceito para a concretização da norma constitucional, pois este estaria desvinculado de toda a noção construída pelo seu uso social e histórico.

¹⁰ HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2372.

¹¹ Parecer de Celso Lafer no HC n. 82.424-2.

c) o conceito histórico-social

A interpretação que leva em conta o significado histórico e social atribuído à palavra raça é a mais adequada no presente caso.

Ao se pronunciar a palavra racismo impossível que não venham à mente de qualquer pessoa as idéias nazistas, o holocausto, a Segunda Guerra Mundial. Obviamente porque, no século XX, o mundo inteiro lamentou o genocídio praticado por Hitler em nome de sua ideologia nazista que pregava justamente a superioridade da “raça” ariana. Pregava a existência de várias “raças” – precisamente esse termo, que é o abandonado pela ciência – e que os judeus seriam “raça” inferior – e por isso deveriam ser eliminados.

Tamanha foi a divulgação de tal ideologia, que ao termo racismo deu-se esse significado valorativo negativo de diferenciação entre raças. Assim define o *Dicionário Houaiss*:

“*racismo* [...] 1 conjunto de teorias e crenças que estabelecem uma hierarquia entre as raças, entre as etnias 2 doutrina ou sistema político fundado sobre o direito de uma raça (considerada pura e superior) de dominar as outras 3 preconceito extremado contra indivíduos pertencentes a uma raça ou etnia diferente [...] 4 *p. ana.* atitude de hostilidade em relação a determinada categoria de pessoas”¹².

A experiência histórica não pode em momento algum ser deixada de lado nessa questão. Por se tratar de termo de significado aparentemente vazio nos campos etimológico e científico, temos que o legislador constitucional por certo não estipulou garantias fundamentais desprovidas de qualquer eficácia.

Pois bem. Tomemos, pois, como válida a preencher o conteúdo da norma a história contemporânea. Sobre a interpretação, afirmava Maximiliano:

“Não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável. Deste faz parte o estudo da história especial do povo a que se pretende aplicar o mencionado ramo de conhecimentos, e também o da história geral, principalmente política, da humanidade. O Direito inscreve-se na regra enunciada, que, aliás, não comporta exceções: para o conhecer bem, cumpre familiarizar-se com os fatos da civilização, sobretudo daquela que assimilamos diretamente: a européia em geral; a lusitana em particular. Completa-se o cabedal de informações proveitosas com o estudo da história do Brasil”¹³.

Tomando as lições do ilustre ministro gaúcho, e entendida no tocante ao anti-semitismo, concluímos que o intérprete deve se valer da história recente da perseguição aos judeus para enfim concluir o que se pode entender como racismo.

¹² HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2373.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 112.

Tal incursão histórica foi feita com brilhantismo pelo ministro Maurício Corrêa em seu voto:

“Na história observa-se que, além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico *o escravismo e o holocausto*.

[...]

Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma *sub-raça*, parte da composição teórica do nazismo, em contraposição à supremacia da *raça ariana*, que deveria prevalecer sobre as outras, particularmente sobre os judeus, para a limpeza da terra, objetivo final esse que quase se consuma com o genocídio perpetrado.

[...]

Ressai claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo”¹⁴.

O nazismo – movimento político que no século XX incorporou o anti-semitismo – usava justamente o conceito de *raça* para pregar a discriminação ao povo judeu. Muito embora destituído de fundamento científico, foi essa noção de raça difundida por Hitler em seus livros e discursos, e foi a crença na existência de uma *sub-raça* que motivou o holocausto e todas as barbáries cometidas pelos alemães na Segunda Guerra Mundial.

Impossível, então, dissociar do racismo o preconceito voltado ao povo judeu, com divulgação de obras de conteúdo nazista e de negação do holocausto. O que importa nesse caso é justamente a valoração negativa dada pelo paciente ao grupo humano com características socialmente semelhantes (“raça” ou não, pouco importa) sob a ótica de *sub-raça* – pregando um tratamento desigual e restritivo de direitos.

Mesmo que não haja bases científicas para dividir os seres humanos em raças, não se pode negar que tal divisão, como fenômeno social, é considerada possível, justamente por tais doutrinas segregacionistas. Esse é o contexto que deve ser considerado para a aplicação do direito.

IV – A abrangência do termo “racismo” na Constituição Federal e na Lei n. 7.716/89

Alegou, a defesa de Siegfried Ellwanger, que a expressão “praticar racismo” – expressa no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal –, à qual se refere a imprescritibilidade, não se estende aos demais núcleos do tipo penal do art. 20 da Lei n. 7.716/89. Dessa forma temos:

¹⁴ Extraído do voto vista do ministro Maurício Corrêa.

“Art. 20. *Praticar*, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

Esse argumento foi o aceito pelo ministro Edson Vidigal, do Superior Tribunal de Justiça, ao deferir o *habeas corpus*:

“Dentre as três ações possíveis para a caracterização do delito – ‘*praticar, induzir ou incitar*’ – o Tribunal de Justiça manifestou-se claramente pelo cometimento da última, face à responsabilidade do paciente pela ‘*edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias*’.

O paciente não atingiu a nenhuma pessoa diretamente, apenas publicou livros, com manifestações contrárias à comunidade Judaica, segundo interpretações pessoais de fatos históricos.

Daí ter consignado o Tribunal Estadual por uma conduta de incitação, de apologia à discriminação do povo Judeu.

São três as condutas tipificadas criminalmente, enquanto que a Constituição Federal, ao impor a imprescritibilidade, assim o faz direta e tão-somente quanto à conduta mais agressiva da ‘*prática de racismo*’ propriamente dita.

Como se sabe, no ordenamento jurídico não há palavras inúteis. Se a norma incriminadora aponta três condutas claras para a caracterização do tipo legal e a Constituição indica a imprescritibilidade apenas com relação àquela mais agressiva, evidentemente não quis englobar as outras condutas de menor potencial ofensivo.

Tratando-se de norma penal que limita direito, impõe-se a sua interpretação restritiva, razão pela qual consigno pela impossibilidade de sua incidência sobre as demais condutas típicas previstas no apontado dispositivo incriminatório”¹⁵.

Entendeu o ministro que a Constituição, ao mencionar a expressão “praticar racismo”, já estabeleceu que apenas a ação indicada pelo verbo “praticar” (dentre os que compõem o tipo) seria dotado da característica da imprescritibilidade.

Não parece ser tal interpretação a mais adequada. Vejamos, pois, por quê.

É certo que a individualização das condutas proibidas é feita por intermédio de leis que definem os tipos penais. Pode-se afirmar que a lei é por excelência a forma em que se encontram descritos os tipos penais. O princípio da legalidade *penal* é de natureza constitucional (art. 5º, XXXIX). É, portanto, da própria estrutura do Estado brasileiro a atribuição às leis da descrição de condutas criminosas.

À Constituição Federal não cabe descrever tipos penais (embora não lhe seja vedado), mas sim eleger alguns bens jurídicos a serem protegidos por lei e determinar competências para legislar sobre direito penal. Assim, expuseram Zaffaroni e Pierangeli:

¹⁵ HC n. 15.555 – RS (2000/013351-7), de 1º de dezembro de 2001. Voto do ministro Edson Vidigal.

“A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional”¹⁶.

Porém, ordinariamente, a Constituição Federal não estatui tipos. E, a partir daí, temos que quando o inciso XLII diz ser imprescritível a prática do racismo, não está descrevendo o comportamento, mas sim *estabelecendo a nomenclatura do conjunto de crimes a serem definidos em lei*. É o mesmo que se dizer prática de estupro, prática de homicídio, prática de genocídio, prática de tráfico etc.

O verbo “praticar” simplesmente acompanhado do *nomen juris* do crime cometido *não define por si só as condutas criminosas*, pois sua abstração é incompatível com a taxatividade – implícita na legalidade – que caracteriza a descrição de tipos penais. Ressaltou o Ministério Público, em parecer da lavra do atual Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles: “o artigo 5º, XLVI, da Constituição não define prática de racismo, mas à legislação infraconstitucional transferiu tal propósito, fazendo-o esta – a Lei n. 7.716/90 – por uma gama de condutas, todas imprescritíveis”¹⁷.

Ademais, não procede o argumento utilizado pelo ministro Edson Vidigal de que a Constituição daria somente ao núcleo verbal “praticar” o atributo da imprescritibilidade por este ser mais grave do que a incitação e a indução. Ora, se tal ação fosse mais grave, que se imputasse a ela uma pena maior, pois assim se gradua a gravidade dos crimes em direito penal. Tal isonomia se confirmou pela Lei n. 9.459/97, que acrescentou causa de aumento a todas as condutas do *caput* do art. 20, quando praticadas por publicação de qualquer natureza – tal como o fez o senhor Ellwanger.

V – A vontade do legislador constitucional e infraconstitucional

Por fim, aduziu a defesa do senhor Siegfried Ellwanger que o legislador constitucional, quando atribuiu ao racismo o gravame da imprescritibilidade, pretendia referir-se somente ao preconceito voltado contra os negros, oriundo de nossa tradição histórica colonialista. Essa seria a *ratio legis*.

Não obstante registrar a história brasileira vergonhoso episódio de escravidão de africanos e dos povos autóctones, e ter sido esta em grande parte a influência do legislador constituinte, impossível vincular o substantivo “racismo” restritivamente ao segregacionismo dirigido a afrodescendentes.

Em primeiro lugar, temos que a vontade do legislador se desvincula da Constituição após sua promulgação – que a torna obra abstrata e geral – e é critério de interpretação inválido para o Direito, por não levar em consideração tais características.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 135.

¹⁷ HC n. 82.424-2, parecer do Ministério Público Federal, do então Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles.

Em segundo lugar, como se trata de direito fundamental, deve a ele ser dada a maior amplitude e eficácia. Assim, Canotilho:

“O princípio da máxima efetividade, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora tenha a sua origem ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”¹⁸.

Muito acrescentou à exegese do caso, o relato do ministro Maurício Corrêa a respeito de sua participação na elaboração da Constituição:

“A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação da Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do ministro Nelson Jobim, nós ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas 3 contra.

O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, CAÓ, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das discriminações raciais para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo”¹⁹.

Assim, mesmo se evocarmos os debates constitucionais, temos que se admitiram, quando da elaboração da Carta, as diversas manifestações de “racismo”.

VI – Os tratados internacionais

Talvez um dos argumentos mais relevantes para a compreensão da abrangência do termo “racismo” seja o significado que possui perante a comunidade internacional.

O termo “racismo” foi e é amplamente utilizado no Direito Internacional e justamente engloba o preconceito contra judeus – em razão de fatores históricos indiscutíveis.

¹⁸ Op. cit., p. 1097.

¹⁹ Voto do ministro Maurício Corrêa.

A partir do parecer do professor Lafer – na condição de *amicus curiae* no processo ora analisado –, pode-se traçar uma retrospectiva da participação do Brasil na assinatura de tratados e convenções internacionais:

Dispõe a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela Resolução n. 217-A (III) da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948:

“Artigo II – Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de *raça*, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”²⁰.

O Brasil também ratificou (Decreto Legislativo n. 2/51 e Decreto n. 30.822/52) a *Convenção Internacional contra o Genocídio*. E utilizando expressamente o termo *raça*, editou a Lei n. 1.956, que pune o crime de genocídio.

O mais importante diploma a respeito do racismo, a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965, foi ratificada pelo Brasil, sem reservas, pelo Decreto Legislativo n. 23/67 e pelo Decreto n. 65.810/69. Em seu artigo I, destaca:

“Artigo I. Nesta Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em *raça*, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida. [...]”

Artigo IV – Os Estados-Partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma *raça* ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enumerados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer *raça* ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento [...]”.

²⁰ GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 359.

O Brasil assinou e ratificou também o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966* (Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/1991, e Decreto n. 592, de 6/12/1996). Seu art. 20 determina:

“Art. 20 – 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.
2. Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”²¹.

A *Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969* (Pacto de San José da Costa Rica) também foi assinada pelo Brasil e incorporada à ordem jurídica em 1992 (Decreto n. 678/92). Principal diploma sobre direitos humanos em vigor na América, prevê em seu art. 13 o seguinte:

“Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

[...]

5 – A lei deve proibir toda propaganda em favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação à hostilidade, ao crime ou à violência”²².

Deve-se ressaltar que, além dos principais documentos ora citados, há diversas Convenções da ONU e Conferências Internacionais que utilizam o termo “racismo” como abrangente do anti-semitismo. Portanto, tem-se como consagrada na sociedade internacional, e conseqüentemente no Brasil, que dela faz parte, por força até do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o uso das expressões “raça” e “racismo” em seu sentido histórico-social.

Por fim, deve-se ressaltar que o próprio Texto Constitucional, em seu art. 4º, reafirma o compromisso internacional de combate ao racismo:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VIII – repúdio ao terrorismo e ao *racismo*” [grifo nosso].

Não há como se negar a familiaridade da expressão “racismo” no conceito amplo que abrange o anti-semitismo no direito brasileiro.

VII – Conclusão

Chegando ao fim deste estudo, é possível afirmar sem qualquer dúvida que a interpretação que até agora prevaleceu nos Tribunais brasileiros foi a mais compatível

²¹ GOMES; PIOVESAN, op. cit., p. 371.

²² GOMES; PIOVESAN, op. cit., p. 403.

com o regime democrático e com o modelo de constitucionalismo que adotou o Brasil. Além disso, tal hermenêutica está em conformidade com os compromissos firmados pelo Brasil no âmbito internacional.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez demonstrou que tem importante papel político, além do consagrado papel jurídico, na afirmação dos direitos humanos e da democracia no Estado Brasileiro.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOYLE, Kevin. Hate speech. The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*, v. 53, n. 2, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

A CONCENTRAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REFORMA DO JUDICIÁRIO

*Sebastião Vieira Caixeta**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A reforma e a efetividade dos direitos. 3 A mutação do controle de constitucionalidade das leis. 4 A súmula de efeito vinculante. 4.1 A súmula vinculante e o *stare decisis*. 4.2 A súmula impeditiva de recursos. 5 A repercussão geral das questões constitucionais. 6 O incidente de inconstitucionalidade. 7 A ação direta de constitucionalidade. 8 Conclusões.

1 Introdução

O presente trabalho pretende abordar o movimento de concentração da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal. Esse fenômeno, sentido há algum tempo no Brasil, ganha maior relevância com as alterações propostas na reforma do Poder Judiciário, que apontam para a prevalência, cada vez maior, do modelo abstrato e concentrado sobre o difuso e incidental de controle de constitucionalidade.

A crise do Judiciário, que se alimenta da crise do próprio Estado, é questão complexa e há mais de uma década tem alimentado aceso debate sobre a amplitude e a profundidade da reforma. Há, contudo, consenso acerca da necessidade de reformar-se o Poder Judiciário.

A insatisfação da sociedade com a prestação jurisdicional, frequentemente dispendiosa e morosa, os desmandos no exercício da função judicante, que culminou com a Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Poder Judiciário, e a modificação do perfil do Estado, com as extinções dos monopólios, as privatizações e a criação de agências reguladoras, engendraram no consciente coletivo a idéia da necessidade de reformulação desse Poder.

Conforme Diniz¹,

Parece ser consenso para os agentes políticos, os operadores do direito, e até para o povo laico em geral, seu principal beneficiário, a necessidade imperiosa de uma reforma ampla e inadiável do Poder Judiciário, para evitar que justiça tardia como sói acontecer represente na prática o mesmo que justiça inexistente.

* Sebastião Vieira Caixeta é Procurador do Trabalho da PRT/10ª Região, Professor de Direito Processual do Trabalho na União Educacional do Planalto Central (Uniplac) e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

¹ DINIZ, Antonio Carlos de A. *Efeito vinculante e suas conseqüências para o ordenamento jurídico*. Rio de Janeiro, [200?]. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=252>>. Acesso em: 16 ago. 2002.

Reclama-se também por segurança jurídica, pretendendo-se a diminuição de decisões conflitantes, principalmente liminares, que ocorrem com freqüência cada vez maior. Diz-se que a incerteza quanto às decisões proferidas pelo Judiciário, aliada à morosidade, traz prejuízos à economia. A propósito, pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp) revela que, na opinião dos empresários, a economia teria relevante incremento se o desempenho do Judiciário fosse melhor. Armando Castelar Pinheiro² apresenta o resultado da pesquisa:

Uma segunda pesquisa de campo explorou mais de perto os canais que ligam a justiça à economia, perguntando aos empresários sobre o impacto do mau funcionamento do Judiciário sobre a economia de forma geral e sobre suas respectivas firmas em particular. Os resultados sugerem que a melhora no desempenho do Judiciário teria um importante impacto sobre a economia. A partir de uma média simples das respostas dadas ao nosso questionário, obtivemos que uma melhora do Judiciário que o situasse em “Padrões de Primeiro-Mundo” resultaria em um aumento da produção, do investimento e do emprego de, respectivamente, 18,5%, 13,7% e 12,3%. Se tomarmos essas médias separadamente para cada setor e utilizarmos como pesos a participação de cada setor no PIB, no investimento e no emprego, iremos obter uma média ponderada de crescimento dessas três variáveis de 13,7%, 10,4% e 9,4%, respectivamente.

Um aumento do investimento levaria o PIB a crescer mais rapidamente. Utilizando um modelo simples de crescimento, nós estimamos que o PIB cresceria a taxas 25% mais altas se a qualidade dos serviços prestados pelo Judiciário evoluísse na direção de padrões de “Primeiro-Mundo”. Ou seja, o mau funcionamento do Judiciário reduz a taxa de crescimento do PIB em cerca de um quinto. É claro que essa é apenas uma medida aproximada. Uma estimativa precisa iria exigir, entre outras coisas, uma amostra maior, que permitisse estimar com precisão o impacto setorial sobre o investimento e levar em conta a relação capital–produto de cada setor. Não obstante, esses valores deixam claro que o impacto do mau funcionamento da Justiça sobre o crescimento econômico é significativo.

É nesse contexto que examinaremos a proposta de reforma do Judiciário já aprovada na Câmara Federal (PEC n. 96/1992), que tramita no Senado Federal como Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000, na qual se identificam três dimensões principais: a) concentração da competência sobre o controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, com a criação da súmula vinculante, do incidente de inconstitucionalidade e da arguição de relevância; b) existência e efetividade de mecanismos de controle e fiscalização dos órgãos do Poder Judiciário, com a instituição do controle externo; c) acessibilidade à Justiça, com a redistribuição de competências³.

² PINHEIRO, Armando Castelar (Ed.). *O Judiciário e a economia no Brasil*. Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp), 2000. p. 95. Disponível em: <<http://www.inform.umd.edu/IRIS/IRIS/docs/Portuguese.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2002.

³ SADEK, Maria Tereza (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 20-21.

Trataremos, nesse singelo estudo, apenas da questão atinente à concentração da jurisdição constitucional, buscando uma abordagem crítica das propostas à luz das posições doutrinárias mais expressivas.

2 A reforma e a efetividade dos direitos

O direito existe para realizar-se⁴. As normas jurídicas hão de ter aplicação prática no mundo dos fatos. Qualquer construção ou alteração da ordem jurídica, por mais inspirados que sejam seus princípios e por mais bem formulados que sejam seus preceitos, não pode afastar-se da premissa de que as normas instituídas somente valerão se sua aplicação se verificar na ordem factual⁵.

As normas jurídicas, normalmente, são respeitadas sem oposição. Não sendo observadas espontaneamente pelos cidadãos, incumbe ao Poder Judiciário fazer valer os direitos desrespeitados. Historicamente, porém, esse Poder não tem conseguido dar cobro ao número de causas que lhe são apresentadas a cada ano.

A morosidade provocada pela sobrecarga de feitos incute no cidadão o desânimo de provocar a jurisdição, notadamente nos litígios de menor valor. Feita a conta do tempo que decorrerá para o julgamento e a execução da sentença e do dinheiro despendido com as despesas processuais, o cidadão muitas vezes opta por resignar-se com a lesão ao seu direito. Isso conduz a uma certa litigiosidade reprimida e ao descrédito do Poder Judiciário, embora boa parte das causas que levaram a esse quadro não se lhe possa atribuir⁶.

Por essas razões, há de presidir qualquer reforma do Poder Judiciário o inolvidável e firme propósito de contribuir para a solução célere das causas e para a universalização do acesso à Justiça. A concentração da jurisdição constitucional é freqüentemente invocada como meio de alcançar-se esses objetivos.

3 A mutação do controle de constitucionalidade das leis

Como se sabe, adotou-se, entre nós, de início, o modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade⁷. Seguiu-se o modelo de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário, nascido do caso *Madison versus Marbury* (1803),

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 85.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 58.

⁶ MOREIRA NETO (op. cit., p. 58-61) identifica três ordens de causas de inadequação do Sistema Judiciário Brasileiro: 1) estruturais, pertinentes à pluralidade de instâncias e de tribunais, à deficiência de controles, ao número insuficiente de juízes de primeira instância e à relativa inacessibilidade dos órgãos da justiça aos jurisdicionados; 2) funcionais, decorrentes da inadequação das leis a serem aplicadas, da intrincada processualística vigente e da deficiência do sistema de provocação do Judiciário, que o torna elitista; 3) individuais, referentes às que são imputáveis aos profissionais de direito como a decadência na formação dos bacharéis e a desatualização dos magistrados.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 350.

em que o juiz Marshal, da Suprema Corte Americana, afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, devendo prevalecer sobre esta a Constituição, quando houver antinomia entre as respectivas normas, ante a supremacia dos preceitos constitucionais⁸.

As Constituições posteriores à de 1891, contudo, foram introduzindo novos elementos, de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do método concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do europeu⁹, pelo qual se submete a questão diretamente à Corte Constitucional toda vez que a lei for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional.

No decorrer do tempo, com a introdução da ação direta pela Carta de 1934, como procedimento preliminar do processo interventivo, a adoção da representação de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional n. 16/65 e o estabelecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, o controle de constitucionalidade caminhou do modelo difuso puro para o modelo híbrido ou misto¹⁰.

Isso reflete o movimento de concentração da jurisdição política constitucional, que está sendo paulatinamente transferida da base para o ápice do Poder Judiciário.

Nessa linha, a Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas¹¹. O sistema então instituído consagra a ação direta de inconstitucionalidade, cuja legitimidade é bastante ampliada, a representação interventiva e a suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada, incidentemente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, confirmando a prevalência do método concentrado. A ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição, introduzida pela Emenda Constitucional n. 3/93, palmilha o mesmo caminho.

Mas o movimento rumo à primazia crescente do modelo concentrado não parou aí. Desde a promulgação da Carta de 1988, propostas como a introdução das súmulas vinculantes ou do incidente de inconstitucionalidade têm sido feitas com a intenção de concentrar, ainda mais, a competência do controle constitucional no Supremo Tribunal Federal, em detrimento das demais instâncias do Judiciário¹². Tais temas foram ventilados na revisão constitucional de 1993-94, porém não lograram aprovação.

Voltam, novamente, à cena na proposta de Reforma do Poder Judiciário, que prevê a súmula de efeito vinculante, a ampliação da legitimação para propor a ação direta de constitucionalidade, que passa a coincidir com a da ação direta de inconstitucionalidade, e a arguição de relevância ou demonstração de repercussão geral da matéria constitucional

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2000. p. 561.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 52.

¹⁰ MENDES, op. cit., p. 347.

¹¹ Idem, ibidem, p. 349.

¹² SADEK, op. cit., p. 20.

veiculada no recurso extraordinário. O incidente de inconstitucionalidade, que constava da proposta inicial, foi suprimido no acordo que possibilitou a aprovação da proposta na Câmara dos Deputados.

Mas o Poder Executivo não se deu por vencido e tenta, de novo, aprovar o instituto, agora rebatizado de incidente de constitucionalidade, mediante a Proposta de Emenda Constitucional n. 461/2001 em trâmite na Câmara dos Deputados. Assim é que diversas têm sido as iniciativas no sentido de limitar o controle difuso, ampliando-se os instrumentos de concentração. A proposta de criação do denominado incidente de constitucionalidade é apenas mais uma delas¹³.

Contribui também para a concentração da competência do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal a arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei n. 9.882/99, ante a possibilidade de suspensão liminar dos julgamentos em andamento nas demais instâncias do Judiciário até a decisão final do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional levantada¹⁴. A decisão proferida terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Aos poucos, essas mudanças levam à maior concentração do sistema de controle constitucional na Suprema Corte, ao passo que ampliam as formas de acesso direto ao tribunal¹⁵.

O Supremo Tribunal Federal tem evoluído cada dia mais no sentido de caracterizar-se como Corte Constitucional¹⁶, conquanto o modelo resultante da reforma em curso não lhe atribua essa dimensão ainda.

4 A súmula de efeito vinculante

A Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000, ora tramitando no Senado Federal, acrescenta à Seção II do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal o art. 103-A, com o seguinte teor:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (AC)

¹³ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *Camisa de força*: Anamatra repele incidente de constitucionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 26 jul. 2001. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?numero=5911 &ad=c>> Acesso em: 20 ago. 2002.

¹⁴ SADEK, op. cit., p. 78.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 79.

¹⁶ OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Reforma do Judiciário (IV)*: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=217>>. Acesso em: 19 ago. 2002.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (AC)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (AC)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação, suspensiva do ato ou da decisão judicial, ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (AC)¹⁷.

A proposição já foi cogitada na revisão constitucional de 1993-94, porém não alcançou aprovação naquela oportunidade. O relator da revisão, o então deputado Nelson Jobim, defendia a súmula de efeito vinculante para todos os tribunais superiores no âmbito das respectivas jurisdições¹⁸.

O preceito transcrito pretende introduzir no direito brasileiro a chamada súmula vinculante. Pela sistemática adotada, depois da aprovação do enunciado da súmula pela maioria de dois terços dos membros da Suprema Corte, os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública não poderão contrariá-lo ou aplicá-lo em desacordo com a orientação emanada, sob pena de cassação da decisão judicial ou do ato administrativo infringente da orientação sumular. Desse modo, garante-se a força vinculante das súmulas contra qualquer comportamento rebelde por parte das instâncias inferiores do Judiciário e mesmo da administração pública¹⁹.

Como destaca o § 1º do art. 103-A, a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Ou seja, reconhece-se que a finalidade da súmula vinculante não será a consolidação de posições já pacificadas pela jurisprudência, porém “pacificar à força” controvérsias judiciais existentes e ameaçadoras da segurança jurídica²⁰.

O dispositivo legitima, “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei”, as mesmas autoridades que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade para provocar a aprovação, a revisão ou o cancelamento da súmula.

¹⁷ BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000* (Texto Consolidado). Introduce modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/jurisprudencia/20020314141716/20020313181724/view?page=NOTA0001.HTM>>. Acesso em: 14 ago. 2002.

¹⁸ SADEK, op. cit., p. 23.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 47.

²⁰ Idem, ibidem, p. 44.

A justificativa para a instituição da súmula vinculante é a chamada “crise dos tribunais superiores”, caracterizada pela sobrecarga de processos que, para alguns, pode levar ao colapso desses tribunais²¹. As causas repetitivas, aprovada a súmula vinculante a respeito da matéria controvertida, não ascenderiam ao Pretório Excelso, visto que as instâncias inferiores estariam adstritas à orientação sumulada. O efeito vinculante evitaria que determinada causa, cujo conteúdo substancial já tenha sido objeto de discussão e julgamento em várias outras demandas, fosse novamente submetido ao órgão julgador²².

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante de que se pretende dotar a súmula, na prática, empresta-lhe força acima da própria lei, uma vez que esta se sujeita à interpretação judicial, enquanto a súmula, do modo como vem concebida no projeto, estará imune a isso, pois com exegese já predeterminada pela instância superior²³.

A proposta da súmula de efeito vinculante recolheu acerbas críticas. Moreira Neto²⁴ aponta algumas:

Uma objeção é a perda do sentido inovador da seqüência de decisões; outra, a perda do poder dos tribunais intermediários, que apenas controlariam a aplicação da jurisprudência vinculante; uma terceira, é o engessamento da jurisprudência, com a dificuldade de revê-la.

Diz-se também que a súmula vinculante tolhe a independência funcional dos juízes, na medida em que estarão adstritos à orientação sumular da Suprema Corte, e fere o princípio da separação dos Poderes, uma vez que valerá mais que o texto da lei interpretanda²⁵.

Talvez a crítica mais procedente à súmula vinculante seja a que aponta seu caráter antidemocrático. A concentração da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e a conseqüente limitação do poder de julgar dos juízes de primeiro grau, que estarão adstritos ao entendimento sumulado, nada tem de pluralista. Mas, como visto acima, trata-se de opção política, claramente voltada à restrição do controle difuso ou incidental de constitucionalidade. A finalidade é justamente tolher o poder decisório dos juízes em determinadas questões de interesse do Poder Executivo e das classes dominantes.

4.1 A súmula vinculante e o stare decisis

Pelo *stare decisis*, instituto tradicional dos países que adotam o *common law*, pode-se fazer a subsunção de um julgado emanado de um órgão judiciário para qualquer outro, e o magistrado que recebe o *case*, se verificar a especificidade, a ele se vincula.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 24.

²² MENEGATTI, Christiano. *O efeito vinculante e a crise no Judiciário*. Vitória, 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=251>>. Acesso em: 15 ago. 2002.

²³ AMARAL, Carlos Alberto do. *Súmula e efeito vinculante*. Porto Alegre, 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=255>>. Acesso em: 16 ago. 2002.

²⁴ MOREIRA NETO, op. cit., p. 89.

²⁵ CARVALHO, Ivan Lira de. *Decisões vinculantes*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=254>>. Acesso em: 15 ago. 2002.

A única exceção feita é à Suprema Corte, na qual seus nove juízes têm o poder de avaliar a relevância constitucional da matéria, e somente apreciam o recurso após a concessão do que chamam *writ of certiorari*²⁶. *Stare decisis* (... *et non quieta movere*) significa, precisamente, ficar com o que já está decidido e não mover o que está em repouso²⁷.

O valor normativo do precedente, assim, assenta na *exemplaridade* da solução encontrada e envolve compromisso de fidelidade à doutrina esposada na decisão. Isto é, ostenta-se força normativa não apenas na parte dispositiva da decisão, mas, especialmente, na sua *ratio decidendi*, ou seja, nas razões que constituem a essência do julgado e que não se apresentam, destarte, meramente argumentativas (*obiter dictum*), ao contrário do estabelecido, por exemplo, no art. 469 do nosso CPC, segundo o qual, em regra, a motivação da sentença não faz coisa julgada, bem como não o faz a própria verdade dos fatos em que se fundamente o ato decisório²⁸.

Por sua vez, a súmula, na acepção mais corrente que se lhe tem dado, consiste num enunciado sintético que contém a interpretação uniformizada de Tribunal sobre uma dada matéria. Nem todas as decisões dos Tribunais, entretanto, serão objeto de edição de súmulas, mas somente aquelas que, em virtude de sua repetição, conexão e coerência com outros julgados tornam-se jurisprudência e, posteriormente, súmulas. Vinculação implica a filiação obrigatória de uma decisão a outra, anterior, que a submete. Da conjugação de ambos resultou a denominação – hoje costumeira – de súmula vinculante, usada para designar o resumo da jurisprudência dominante de um determinado tribunal superior dotada de efeito vinculativo e eficácia *erga omnes* relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo²⁹.

Para Diniz³⁰:

A fonte imediata da súmula vinculante remonta ao direito anglo-americano no que concerne à vinculação ao precedente emanado das Cortes Superiores, mas as premissas e fundamentos do *stare decisis* na família *common law* são completamente diversos daqueles que estariam na base ideológica da súmula vinculante. A aplicabilidade do precedente é de observância obrigatória nos Estados Unidos em poucos casos, sendo de caráter meramente persuasivo na maioria deles. E quando há de ser vinculante, o é por força de um exercício de hermenêutica da parte do magistrado, vinculação essa dimanada de um costume ou tradição de julgamentos equânimes em razão da boa aplicação de um princípio norteador em casos análogos. Mesmo nestes países onde vige a regra do *stare decisis*, nota-se uma tendência crescente à maleabilidade da filiação aos precedentes, e uma progressiva ampliação do uso da legislação escrita.

²⁶ LINHARES, Leonardo de Oliveira. *Efeito vinculante das súmulas como garantia de um processo de resultados*. Belém, 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2742>>. Acesso em: 16 ago. 2002.

²⁷ AMARAL, op. cit.

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ DINIZ, op. cit.

³⁰ Idem, ibidem.

No caso brasileiro, parece evidente a tentativa de se importar e adaptar, uma vez mais, um modelo jurídico de outros países na esperança de fazer valer esse instituto híbrido como mecanismo para assegurar uma autoridade imediata e incontrastável às decisões sumuladas do Supremo Tribunal Federal, ou de todos os Tribunais Superiores. Se é fato público e notório a multiplicação insensata de recursos versando sobre matéria idêntica, superlotando inutilmente as Cortes Superiores com o julgamento de questões previamente decididas, por outro lado há que se perceber o cunho verticalizante e autoritário do novo mecanismo jurídico que se está propondo, com sérias e decisivas implicações para todo o sistema jurídico nacional³¹.

Assim, conquanto se reconheça que o *stare decisis* funciona como fonte, ainda que remota, da súmula de efeito vinculante, existem substanciais diferenças entre os institutos.

4.2 A súmula impeditiva de recursos

Reativamente à proposta de instituição da súmula vinculativa, a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul concebeu em 1995 a súmula impeditiva de recursos. Por incidência dessa súmula, não caberia recurso contra sentenças que aplicassem os verbetes editados pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores. Apenas as decisões que não as aplicassem seriam recorríveis³².

Ensina Moreira Neto³³:

No caso, processualmente, haveria *descabimento* do recurso se a decisão, que fosse em princípio recorrível, adotasse tese idêntica à da Súmula pacificada, o que permitiria que o próprio Relator do acórdão no Tribunal de origem o decretasse. Mas se a tese adotada fosse contrária à Súmula, aí sim, caberia o recurso, embora sujeito ao *juízo de admissibilidade*, para permitir que as Cortes Superiores dela tomassem conhecimento e, eventualmente, reexaminassem suas posições.

Os juízes e tribunais inferiores não são obrigados a seguir essa súmula, que apenas impede que a parte possa recorrer quando o juiz, livre e autonomamente, decide seguir o entendimento estratificado pelos tribunais de cúpula do Judiciário³⁴.

A súmula impeditiva de recursos foi incorporada ao relatório da deputada Zulaiê Cobra, porém foi derrotada na Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário na Câmara dos Deputados, que aprovou a súmula vinculante³⁵.

Trata-se, porém, de alternativa a ser cuidadosamente considerada, pois leva a efeitos práticos semelhantes à súmula vinculante, mas sem que lhe sejam oferecidas maiores oposições e sem efeitos traumáticos sobre a consciência dos juízes³⁶.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² SADEK, *op. cit.*, p. 41.

³³ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 91.

³⁴ SADEK, *op. cit.*, p. 43.

³⁵ Idem, *ibidem*.

³⁶ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 90-91.

A súmula impeditiva de recurso institui uma *vinculação administrativa absoluta*, obrigando a administração pública à observância da decisão sumulada, e uma *vinculação judicial relativa*, com a possibilidade de juízes de instâncias inferiores decidirem contrariamente ao entendimento sumulado³⁷.

A vinculação administrativa é de suma relevância, pois é cediço que a maioria dos recursos que tramitam nos tribunais superiores são interpostos pela administração pública.

Levantamentos levados a efeito na Secretaria do Supremo Tribunal Federal revelam que a maior parte dos recursos ali protocolados não procede do cidadão litigante, sendo na realidade contra ele interpostos pela administração pública e gerando sucessivos apelos a respeito de questões idênticas. Isso comprova, de forma irretorquível, que quem bloqueia a ação do Supremo Tribunal Federal não é esse cidadão comum, mas a administração pública³⁸.

A situação não é diferente no Superior Tribunal de Justiça. O último levantamento realizado naquela Corte revelou que a administração pública, direta e indireta, é parte em 84,95% dos processos que deram entrada no primeiro semestre de 2000. As causas envolviam a Fazenda Nacional, a Caixa Econômica Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Os demais processos representavam apenas 15,05% do total³⁹.

A súmula impeditiva de recursos representa, pois, a possibilidade de resolver a “crise dos Tribunais Superiores” sem, contudo, trazer os efeitos deletérios da súmula vinculante. É relevante notar que, mesmo sem qualquer obrigatoriedade de fazê-lo, a maioria dos juízes tende a aplicar as súmulas dos Tribunais Superiores, o que impediria grande parte dos recursos.

5 Repercussão geral das questões constitucionais

A proposta de reforma do Poder Judiciário contempla, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a chamada demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, que deverá ser introduzida no § 4º do art. 102 da Carta Magna, com o seguinte teor:

Art. 102. [...]

§ 4º No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissibilidade do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (AC)⁴⁰.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 90.

³⁸ FIGUEIREDO, Fran. *A reforma do Poder Judiciário*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 65.

³⁹ AVALANCHE de Processos: União é parte em 85% dos processos do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, 4 set. 2000. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=3300&ad=c>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

⁴⁰ SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000* (Texto Consolidado). Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/jurisprudencia/20020314141716/20020313181724/view?page=NOTA0001.HTM>>. Acesso em: 14 ago. 2002.

Os contornos do instituto proposto na reforma dependem de lei. A redação do dispositivo permite concluir, contudo, que o recorrente terá de demonstrar, com as razões do recurso extraordinário, a chamada repercussão geral das questões constitucionais. Pode-se inferir que, admitido o trânsito do recurso extraordinário, caberá ao Pretório Excelso o exame prévio do incidente de repercussão, o que configura um segundo e apartado juízo de admissibilidade, sob o prisma da causa como um todo. O tribunal de origem exercitará o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário sem adentrar no exame desse incidente, cuja competência é do próprio Supremo, dependendo a recusa de manifestação de dois terços dos seus ministros⁴¹.

Trata-se, como adverte Reginaldo de Castro⁴², ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, da antiga arguição de relevância⁴³ rebatizada de repercussão geral. Antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal tinha como recusar a entrada de recursos extraordinários com fundamento na denominada arguição de relevância. Esse dispositivo foi introduzido pelo “pacote de abril” de 1977 – durante o governo Geisel – e permitia à Suprema Corte estabelecer critérios de admissibilidade do recurso extraordinário, de modo que somente julgava os que considerava relevantes⁴⁴.

Aproveitando-se principalmente da experiência americana, como também do direito alemão (que exige a demonstração da importância fundamental da causa, para que seja revista pelos Tribunais Superiores – § 546 da ZPO) e do direito austríaco (que prevê, em seu sistema processual, o instituto da significação fundamental da questão, para sua apreciação pelas Cortes Superiores), adotou-se no Brasil, para o Supremo Tribunal Federal, o mecanismo da arguição de relevância da questão federal, como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, com o objetivo claro, no dizer do então ministro Victor Nunes Leal, um dos idealizadores do mecanismo, de redução dos encargos do Supremo Tribunal Federal⁴⁵.

Assim como a advocatória, a arguição de relevância desapareceu com a Constituição de 1988, por ser considerada parte do “entulho autoritário”. Da mesma forma, seu retorno ao ordenamento jurídico constitucional foi muito criticado por seu caráter centralizador e passado condenável⁴⁶.

⁴¹ RIBEIRO, Antonio Eduardo Silva. *Acesso aos recursos constitucionais como instrumento de cidadania: anotações ao recurso especial e ao recurso extraordinário*. Palestra proferida no CONGRESSO NORTE E NORDESTE DOS DEFENSORES PÚBLICOS. Disponível em: <<http://www.rradvocacia.com.br/artigos/palestra.doc>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

⁴² CASTRO, Reginaldo. *Retrôcesso: OAB afirma que reforma do Judiciário piora o sistema* [entrevista em 27 dez. 1999]. *Revista Consultor Jurídico*, 4 set. 2000. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=3300&ad=c>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

⁴³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.76-82.

⁴⁴ SADEK, op. cit., p. 66.

⁴⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência no recurso de revista: Projeto de Lei n. 3.267/00. *Revista LTr*, São Paulo, ano 65, p. 905-918, ago. 2001.

⁴⁶ SADEK, op. cit., p. 66.

Arruda Alvim⁴⁷ discorre sobre as objeções que costumam ser oferecidas ao instituto⁴⁸:

As indagações centrais que incumbe responder, relativamente à instituição de *relevância* (= *repercussão social*), em relação às questões federais, que não poderiam chegar ao Superior Tribunal de Justiça, dizem respeito aos seguintes questionamentos: 1^a) constituir-se-ia em *efetiva negativa de acesso à Justiça* discriminarem-se determinadas demandas, que, *por não serem relevantes*, não chegariam ao Superior Tribunal de Justiça? 2^a) haveria, *realmente*, um dever de *caráter social* do Superior Tribunal de Justiça, para com a comunidade nacional, de apreciar, toda e qualquer questão em que estivesse envolvida lei federal, *fosse ela qual fosse, e por isso mesmo também as inumeráveis destituídas de qualquer importância?* 3^a) ou, ao contrário, saber se *não seria muito mais rigorosamente compatível com a função de um Superior Tribunal de Justiça* reservar-se a este Tribunal o pronunciamento sobre questões que repercutissem de uma forma mais acentuada e destacada no ambiente dos advogados e juizes e no cenário da sociedade mesmo; e 4^a) se esta for a postura de política legislativa correta e possível, não é verdadeiro que poderá o STJ dedicar-se mais acentuadamente ao desempenho da sua alta missão de Tribunal de estrito direito, *nas questões fundamentais para o país, enquanto dependentes do seu entendimento a respeito do direito federal?* 5^a) acentue-se que o instituto da *arguição de relevância* (= *repercussão social*), ou agora denominado no Projeto de Emenda Constitucional de *repercussão social*, constitui-se – *de outra parte* – em válvula respiratória do sistema, no sentido de que – conquanto determinadas causas estejam excluídas da normal e rotineira apreciação pelo Tribunal – é sempre possível a esse Tribunal, quando vislumbre possa existir a *repercussão social* como requisito para a apreciação de recursos, que “chame” um recurso, *que normalmente não seria apreciado*, por peculiaridades que nele se vislumbrem, ou seja, por estar presente, em dado recurso, a respectiva *repercussão social*, ainda que rotineiramente isso não ocorra em causas dessa espécie.

E ele mesmo responde aos questionamentos com percuciência, *in verbis*:

Em nosso sentir, constitui-se equívoco injustificável ligar-se à circunstância do Superior Tribunal de Justiça apreciar só questões relevantes ou de *repercussão social*, a um problema de *carência* ou de *desfalque* de acesso à Justiça, porque, para realizar o acesso à Justiça, há uma estrutura, no país, que se desdobra nas diversas justiças estaduais, de um lado, e, de outro, na justiça federal, cujos organismos cobrem todo o nosso território. Esses aparelhos judiciários desdobram-se em dois graus de jurisdição, exercidos com apreciável plenitude, a começar ou até porque, cabem recursos de todas as interlocutórias. Desta forma, há plena garantia de acesso à Justiça, e, de mais a mais, nem se

⁴⁷ ALVIM, Arruda. Questão de repercussão social: uma possível solução? In: ENCONTRO DOUTRINA– JURISPRUDÊNCIA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2000, Brasília. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/Pages/Sen/eventos/juris/jurisp.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

⁴⁸ Conquanto a argumentação se ocupe somente do Superior Tribunal de Justiça, as razões valem para as demais cortes superiores *mutatis mutandi*.

compreenderia que a função do Superior Tribunal de Justiça, *fosse a de completar o acesso à Justiça em todas as causas, em todos os incidentes, em que esteja envolvida lei federal*, justamente porque este Tribunal deve existir para resolver qualificadamente as questões que sejam relevantes ou fundamentais, tendo em vista a inteligência do direito federal.

A idéia é diminuir, sensivelmente, o número astronômico – e ainda crescente – de recursos a serem apreciados pelos tribunais superiores, que tem inviabilizado uma prestação jurisdicional efetiva, quando o cidadão vê sua causa ascender às instâncias extraordinárias.

O problema é ressaltado por Martins Filho⁴⁹:

O problema crucial que aflige atualmente as Cortes Superiores de Justiça brasileiras é o da *quantidade desproporcional* de processos que lhes são submetidos a julgamento. As cifras são verdadeiramente astronômicas: em 1999, o STF julgou 57.000 processos, o STJ, 128.000 e o TST, 121.000. No entanto, essas cifras não podem ser vistas como sinal de eficiência na solução de conflitos, na medida em que o volume de causas pendentes de julgamento nessas Cortes é maior ainda do que as já julgadas e a forma de julgamento, em verdadeira linha de produção, tem comprometido a qualidade das decisões.

O ministro Velloso⁵⁰ vai na mesma linha:

Em 1996, o Supremo Tribunal recebeu 30.706 processos e julgou 29.000. Mais de 80% desses recursos são repetidos. Vejamos o crescimento do número de processos no Supremo Tribunal, a partir de 1940. Em 1940, quando o STF compreendia, na sua estrutura, a jurisdição hoje confiada aos Tribunais Regionais Federais (2ª instância da Justiça Federal) e o Superior Tribunal de Justiça, foram 2.419 os processos recebidos, informou o Ministro Sepúlveda Pertence ao Senado. Em 1950, já criado o Tribunal Federal de Recursos, foram recebidos 3.091 processos. Em 1960, 6.504 processos recebidos. Em 1970, 6.367 processos recebidos. Em 1980, o número cresceu para 9.555. Em 1989, a informação é fornecida pela Presidência do STF, foram recebidos 9.632 processos e julgados 6.637; em 1990, 18.549 recebidos e 16.598 julgados; em 1991, 18.407 recebidos e 14.622 julgados; em 1992, 24.537 recebidos e 18.536 julgados; em 1993, 24.160 recebidos e 22.046 julgados; em 1994, 26.662 recebidos e 28.752 julgados; em 1997, até outubro, 29.270 recebidos e 33.857 julgados.

Durante a década de 1990, os recursos extraordinários, cuja apreciação se pretende limitar pelo critério da repercussão geral da questão constitucional, foram responsáveis por quase metade da movimentação processual do Supremo Tribunal Federal (48%), dentre 36 classes diferentes de processos distribuídos para julgamento. No total, 172.809 recursos

⁴⁹ Op. cit.

⁵⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas*. Disponível em: <<http://www.imb.org.br/revista11/caderno/>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

extraordinários foram distribuídos entre 1990 e 2000. Esse número expressivo explica por que, do ponto de vista quantitativo, a crise do Supremo Tribunal Federal tem sido chamada também de “a crise do recurso extraordinário”⁵¹.

Paulo Costa Leite⁵², ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, alerta para a necessidade de diminuição dos recursos nos tribunais superiores:

Impõe-se a adoção de mecanismos de contenção de recursos, sob pena de inviabilizar-se a prestação jurisdicional dos tribunais superiores, tal o aumento que se verificou no número de demandas. O Superior Tribunal de Justiça receberá mais de duzentos mil processos este ano. Isso é totalmente incompatível com a sua relevante destinação constitucional, que é de conferir estabilidade à ordem jurídica, e não propriamente fazer justiça às partes.

O elevadíssimo número de recursos tramitando nas cortes superiores, além de comprometer a qualidade dos julgamentos – hoje feitos por planilha –, retarda em muito a entrega da prestação jurisdicional. É informação corrente que o Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, demora em média quatro anos, contados da data da autuação, para julgar recursos de revista. Essa demora é sentida também, com maior ou menor intensidade, nos demais tribunais superiores. De todo inaceitável, tal fato levou à inserção, no bojo da reforma do Poder Judiciário⁵³, de dispositivo que garanta “a razoável duração do processo”⁵⁴.

A demora do processo, isto é truísmo, penaliza com maior rigor o cidadão, que freqüentemente se vê na contingência de litigar com o empregador, fornecedor, administração pública, mais aptos a suportar os ônus econômicos e sociais do retardamento e, muitas vezes, dele tirar proveito, seja pela crença de que o lesado em seus direitos, ante a morosidade e a crise de credibilidade da Justiça, não ajuizará a causa, seja pela possibilidade de fazer acordos que lhe são proveitosos.

Pinheiro⁵⁵ destaca dados da pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp) que põem em relevo essa realidade:

A pesquisa mostrou ainda que por vezes a morosidade da justiça beneficia, em vez de prejudicar, as empresas. Isso é freqüente em disputas trabalhistas e, em menor grau, tributárias. As empresas entrevistadas revelaram ainda que o benefício líquido de recorrer ao Judiciário é em geral positivo.

Ademais, a maior parte dos recursos em trâmite nas cortes superiores cuida de matérias decididas reiteradas vezes. Levantamento realizado pela Assessoria Jurídica do Supremo Tribunal Federal demonstra que 84% dos recursos extraordinários e agravos de

⁵¹ SADEK, op. cit., p. 66.

⁵² LEITE, Paulo Costa. Crise institucional: credibilidade do Judiciário nunca esteve tão baixa. *Revista Consultor Jurídico*, 26 dez. 2001. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=3300&ad=c>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

⁵³ Cf. a nova redação proposta para o inciso LXXVIII do art. 5º na PEC 29/2000.

⁵⁴ Lembre-se o conhecido aforismo de Rui Barbosa: “Justiça tardia é arrematada injustiça”.

⁵⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 95.

instrumento versam matérias repetidas sobre as quais a Corte já se manifestara numerosas vezes⁵⁶.

Essas razões parecem justificar a adoção do critério limitador de recursos nos Tribunais Superiores e não somente no Supremo Tribunal Federal.

A medida vem legitimar a restrição que, na prática, os tribunais superiores têm feito à admissão dos recursos de natureza extraordinária (recurso extraordinário, especial e de revista), como a exigência de pré-questionamento, a inadmissibilidade por interpretação razoável da decisão recorrida ou por superação da divergência por iterativa, notória e atual jurisprudência.

Aliás, semelhante técnica foi instituída para restringir o acesso de recursos de revista ao Tribunal Superior do Trabalho, sob a denominação de critério da transcendência. Pela Medida Provisória n. 2.226, de setembro de 2001, foi acrescentado o art. 896-A à Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica (NR)⁵⁷.

O Tribunal Superior do Trabalho, segundo a Medida Provisória que instituiu o critério, deverá regulamentar, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista, assegurada a apreciação do incidente em sessão pública, com direito à sustentação oral e fundamentação da decisão.

Seguiu-se intensa controvérsia entre os ministros daquela Corte, com defesa de posições antagônicas em periódicos especializados, sendo certo que o dispositivo ainda não mereceu regulamentação.

Parafraseando o ministro Sepúlveda Pertence⁵⁸, a resolução da “crise dos Tribunais Superiores” e a discussão sobre os institutos destinados a superá-la não podem ser tratadas como guerra de vaidades de juízes de uma instância contra juízes de outra; uma disputa de orgulho intelectual, mas como um problema de Justiça como serviço público e como um problema de isonomia.

6 O incidente de inconstitucionalidade

Outro instituto que mereceu cogitação na reforma do Poder Judiciário é o chamado incidente de inconstitucionalidade.

⁵⁶ SADEK, op. cit., p. 28.

⁵⁷ BRASIL. Medida Provisória n. 2.226, de 4 de setembro de 2001. Acresce dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e à Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 set. 2002. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

⁵⁸ Audiência Pública n. 909/95 da Comissão Especial da Câmara dos Deputados sobre a Reforma do Judiciário, Brasília, 26 set. 1995. Transcrição taquigráfica, p. 76. Apud MOREIRA NETO, op. cit., p. 90.

Com alguma variação entre as propostas, o incidente de inconstitucionalidade teria basicamente a mesma função da ação declaratória de constitucionalidade, isto é, possibilitar ao Supremo Tribunal Federal tomar decisões sobre assuntos constitucionais com efeito vinculante sobre as demais instâncias do Judiciário e sobre a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A diferença importante entre a ação declaratória de constitucionalidade e o tal incidente é que este serviria explicitamente para interceptar eventuais julgamentos sobre questões relevantes e controversas, em curso na via difuso-incidental do sistema de controle de constitucionalidade. Tratava-se, pois, de mais um movimento destinado a concentrar a revisão judicial das leis no Pretório Excelso⁵⁹.

O incidente de inconstitucionalidade aproxima-se do chamado “processo de controle concreto” do sistema concentrado europeu, uma vez que institui a possibilidade de julgamento da questão constitucional diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito, ensina Mendes⁶⁰:

Daí, o inevitável símile com a técnica consagrada nos modelos de *controle concentrado de normas*, que determina seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (cf., v.g., Constituição austríaca, art. 140, (1); Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I, e Lei orgânica da Corte Constitucional, § 13, n. 11, e § 80 s.).

Todavia, as diferenças existem e são evidentes.

Ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de controle de constitucionalidade do sistema europeu, nos quais a Corte Constitucional detém o monopólio da decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, o incidente de inconstitucionalidade não altera, em seus fundamentos, o sistema difuso de controle de constitucionalidade, introduzido entre nós pela Constituição de 1891⁶¹. Juízes e tribunais continuam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do Texto Magno, mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância⁶².

O incidente de inconstitucionalidade representa modificação relevante no modelo incidental de controle de constitucionalidade na medida em que acrescenta a possibilidade de julgamento *per saltum* da arguição diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Há a cisão funcional no julgamento, de sorte que a questão constitucional é destacada da causa em exame e é logo submetida à Suprema Corte.

⁵⁹ SADEK, op. cit., p. 56.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Incidente de inconstitucionalidade: uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. *Revista Jurídica Virtual*, n. 2, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/incid_inconst.htm>. Acesso em: 19 ago. 2002.

⁶¹ Há de considerar-se, entretanto, que a inegável concentração da jurisdição constitucional no STF retira, evidentemente, muito da relevância desse controle difuso.

⁶² MENDES, op. cit.

A despeito da aparente novidade, técnica semelhante já se adota entre nós desde 1934, com a chamada cisão funcional da competência⁶³. O art. 97 da Carta Magna estabelece que incumbe ao plenário ou ao órgão especial dos tribunais julgar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma contestada, cabendo ao órgão fracionário dirimir a lide, respeitando a diretriz firmada no julgamento da questão constitucional⁶⁴. Com a introdução do novo instituto, essa cisão que se dá hoje no patamar horizontal também ocorrerá no plano vertical. Nesse caso, em vez de decidir a questão constitucional, na forma do mencionado art. 97, a Corte poderá provocar o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a questão⁶⁵. A manifestação do Corte Suprema terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Do mesmo modo que a súmula vinculante, o incidente recebeu duras críticas do meio forense e dos partidos de oposição que denunciaram sua semelhança com a antiga advocatória, mecanismo introduzido pelo regime militar em 1977 para permitir ao Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, suspender e chamar a si as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais do país, na hipótese de provocarem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas. A Constituição de 1988 sepultou a advocatória como parte do “entulho autoritário”⁶⁶.

Coube ao deputado Marcelo Deda⁶⁷ (PT/SE) a crítica oposicionista ao incidente, acentuando o seu caráter concentrador do controle de constitucionalidade e subordinante às forças da globalização:

Não se quer mais resolver esse dramático problema dos escaninhos amontoados de feitos. Não. É uma concepção hierarquizada e concentradora de Poder Judiciário, é o desprestígio completo do juiz de primeiro grau, é a violência contra o princípio constitucional pétreo, que permite ao cidadão que sua questão seja conhecida pelo juiz natural. Acabou o controle difuso, ele fica agora residual. Esse sistema está sendo aqui destruído, bombardeado. [...]

Essas reformas modernizadoras do Judiciário, como já advertia Boaventura Santos, vêm apenas para trazer o último movimento de adequação do Estado brasileiro aos interesses da operação dos capitais internacionais, da incorporação do Brasil a uma internacionalização dos mercados, da chamada globalização [...] Essa é a reforma do mercado. Não é a reforma do cidadão, porque a reforma do cidadão rima com democracia, modernidade, distribuição de justiça, acesso ao Judiciário. E a reforma do mercado rima com prazos rápidos, sentenças de mérito discutíveis e valores econômicos e financeiros triunfando sobre os direitos da nacionalidade, da cidadania.

⁶³ Idem, *ibidem*.

⁶⁴ A Lei n. 9.756/98 introduziu o parágrafo único no art. 481 do CPC, excepcionando a regra de submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do STF sobre a questão

⁶⁵ MENDES, op. cit.

⁶⁶ SADEK, op. cit., p. 56.

⁶⁷ Apud SADEK, op. cit., p. 64-65.

Conquanto aprovado na Comissão Especial, o incidente de inconstitucionalidade foi derrubado no Plenário da Câmara dos Deputados mediante acordo que possibilitou a aprovação da reforma do Poder Judiciário naquela Casa. O relatório final aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que aguarda deliberação no Plenário, manteve a exclusão do incidente.

O Governo Federal, na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, porém, não desistiu de instituí-lo. Agora, com o inventivo nome de incidente de constitucionalidade, aguarda apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara a Proposta de Emenda Constitucional n. 406/2001, desmembrada da PEC 382/2001 de iniciativa do Poder Executivo (apresentada no bojo do pacote tributário de 2001), acrescentando o § 5º no art. 103 da Carta Magna, com a seguinte redação:

Art. 103. [...]

§ 5º O Supremo Tribunal Federal, acolhendo incidente de constitucionalidade proposto por pessoas ou entidades referidas no *caput*, poderá, em casos de reconhecida relevância, determinar a suspensão de todos os processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão, com eficácia e efeito previstos no § 2º do artigo anterior, que verse exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada.

O parecer do deputado André Benassi⁶⁸ (PSDB/SP), que é favorável à introdução do incidente, esclarece o alcance do instituto: “permitirá à Suprema Corte determinar a suspensão de todos os processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal para decidir sobre a matéria constitucional suscitada. Ou seja, em casos de reconhecida relevância, o Supremo Tribunal Federal poderá intervir no processo em seu início, antes da coisa julgada, para decidir de imediato sobre a inconstitucionalidade argüida”.

A finalidade também é logo evidenciada:

Da finalidade dos instrumentos colocados à disposição do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade, podemos extrair o seguinte: A ação direta de inconstitucionalidade impede que leis e atos normativos prevaleçam em desacordo com a Lei Maior; a ação declaratória de constitucionalidade apazigua possíveis controvérsias judiciais no exercício do controle difuso; e *o incidente de constitucionalidade permitirá que o Supremo Tribunal Federal antecipe sua decisão sobre a argüição de inconstitucionalidade antes de qualquer pronunciamento no controle difuso*⁶⁹.

Rubens Approbato Machado⁷⁰, presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, critica a tentativa do Governo Federal de inserir o incidente em tela no âmbito da

⁶⁸ BENASSI, André. *Relatório apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=32425>. Acesso em: 20 ago. 2002.

⁶⁹ Idem, *ibidem*, sem grifos no original.

⁷⁰ APPROBATO, Rubens Machado. Controle: Approbato critica incidente de constitucionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 26 jul. 2001. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?numero=5970&ad=c>>. Acesso em: 20 ago. 2002.

minirreforma tributária, contrariando o acordo de lideranças governistas e oposicionistas que possibilitou a aprovação da reforma do Judiciário na Câmara:

O dispositivo é semelhante ao que foi proposto no texto original da proposta da Reforma do Judiciário, com o nome de “avocatória”, que começou a ser discutido na Câmara dos Deputados e foi retirado por acordo das lideranças dos partidos. Aliás, a sua origem está no famoso “Pacote de Abril” do governo Geisel, o que mostra a vocação autoritária desse instrumento.

A Associação dos Magistrados do Brasileiros (AMB)⁷¹, em nota datada de 21 de agosto de 2001, também repudia a iniciativa governamental:

O impacto que o incidente de constitucionalidade provocará no sistema judiciário, caso seja aprovado, é muito grande para ser tratado sorrateiramente, em meio a uma reforma tributária. Seu foro de discussão é a própria reforma do Judiciário.

[...]

Destaca-se que a avocatória foi excluída do texto da Reforma do Judiciário, por acordo unânime dos líderes partidários, quando da sua votação pela Câmara dos Deputados.

Hugo Cavalcanti Melo Filho⁷², ex-presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), também aponta o intuito centralizador e o substrato ideológico do instituto:

Agora, busca-se a implementação de alteração que viabilize a suspensão de qualquer processo em curso, em face de incidente de constitucionalidade proposto “em casos de reconhecida relevância”.

Todas as providências adotadas deságuam no intuito último de limitar a ação da base da magistratura, pela verticalização do Poder Judiciário, como forma de facilitar a implantação da estrutura neoliberal [...]. Vê-se, claramente, que o propósito é impor limites ao funcionamento do Poder Judiciário. A proposta agora apresentada deixa evidenciada a urgência do poder político em mitigar o exercício da função jurisdicional pelas instâncias inferiores.

Assim, o incidente em questão, quer seja adjetivado de constitucionalidade, quer de inconstitucionalidade, representa duro golpe no modelo difuso ou incidental de controle de constitucionalidade das leis, com acentuada concentração da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal.

⁷¹ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Nota*. Brasília, 21 ago. 2001. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/legis/textos/avocatoria.doc>>. Acesso em: 20 ago. 2002.

⁷² MELO FILHO, op. cit.

7 A ação direta de constitucionalidade

A Emenda Constitucional n. 3, de 1993, introduziu em nosso sistema a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, assegurando o direito de propositura ao Presidente da República, à Mesa da Câmara e à Mesa do Senado Federal, bem como ao Procurador-Geral da República⁷³.

Trata-se de uma ação que tem a característica de um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo. Terá como pressuposto fático a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, contrários à posição governamental⁷⁴.

Com a força vinculante e *erga omnes* atribuída à decisão proferida na ação direta de constitucionalidade, reforçou-se, como já dito, a dimensão concentrada do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, em detrimento do modelo difuso⁷⁵.

A ação direta de constitucionalidade foi muito criticada por constituir-se instrumento capaz de impor decisões do Supremo Tribunal às instâncias inferiores. Segundo os críticos, essa ação serve apenas para o governo arrancar do Supremo a confirmação de suas medidas arbitrárias, calando ao mesmo tempo o restante dos juízes e tribunais⁷⁶.

Por essas razões, a deputada Zulaiê Cobra acolheu proposta dos partidos de oposição para extinguir a ação direta de constitucionalidade. Entretanto, a proposta de extinção permaneceu no texto da reforma por pouco tempo, uma vez que foi derrubada ainda na Comissão Especial da Câmara⁷⁷.

A proposta aprovada na Câmara e na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação do Senado Federal não só mantém a ação direta de constitucionalidade como equipara o rol de legitimados a propô-la aos da ação direta de inconstitucionalidade, confirmando a tendência concentradora do novo modelo de controle constitucional das leis.

8 Conclusões

A insatisfação com a prestação jurisdicional dispendiosa e morosa, os desmandos no exercício da função judicante, a modificação do perfil do Estado, a insegurança jurídica decorrente do grande número de decisões antagônicas, com reflexos na economia, geraram o consenso sobre a necessidade de reformar-se o Poder Judiciário.

A reforma do Judiciário em trâmite no Senado Federal tem três dimensões principais: a) concentração da competência sobre o controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, com a criação da súmula vinculante, do incidente de inconstitucionalidade e da arguição de relevância; b) existência e efetividade de mecanismos

⁷³ MENDES, op. cit., p. 319-320.

⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 58.

⁷⁵ SADEK, op. cit., p. 49.

⁷⁶ Idem, ibidem, p. 49-50.

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 55.

de controle e fiscalização dos órgãos do Poder Judiciário, com a instituição do controle externo; c) acessibilidade à Justiça, com a redistribuição de competências.

Atenta à efetividade dos direitos, a reforma do Poder Judiciário tem de colimar mecanismos para solução célere das causas e para universalização do acesso à Justiça. A concentração da jurisdição constitucional é freqüentemente invocada como meio de alcançarem-se esses objetivos.

A jurisdição política constitucional vem sendo paulatinamente transferida da base para o ápice do Poder Judiciário. No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis, que nasceu puramente difuso, tornou-se híbrido ou misto com a introdução de aspectos do método concentrado, como a representação interventiva e a representação de inconstitucionalidade.

Já na Constituição de 1988, a ênfase residiu no modelo concentrado e não mais no sistema difuso ou incidente. A ação direta de inconstitucionalidade, a representação interventiva, a suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada, incidentemente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição, introduzida pela Emenda Constitucional n. 3/93, submetem ao Supremo Tribunal Federal, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes.

A esse quadro concentrador da jurisdição constitucional, acrescem-se as propostas de introdução das súmulas vinculantes, do incidente de inconstitucionalidade, de ampliação da legitimação para propor a ação direta de constitucionalidade, e da arguição de relevância ou demonstração de repercussão geral da matéria constitucional veiculada no recurso extraordinário.

A proposição de instituir-se a súmula de efeito vinculante, não obstante aprovada pela Câmara e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação do Senado Federal, merece reflexão mais acurada. Pela proposta, depois da aprovação do enunciado da súmula pela maioria de dois terços dos membros da Suprema Corte, os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública não poderão contrariá-lo ou aplicá-lo em desacordo com a orientação emanada, sob pena de cassação da decisão judicial ou do ato administrativo infringente da orientação sumular. As compridas críticas que se lhe apresentam, algumas procedentes, recomendam a busca de alternativas.

A opção viável é a chamada súmula impeditiva de recursos. Por essa técnica, a administração pública fica vinculada às súmulas editadas pelos Tribunais Superiores. Os juízes não são impelidos a fazer incidir o verbete sumular, todavia se o aplicarem fica impedida a interposição de recurso. Trata-se de alternativa a ser efetivamente considerada, pois traz efeitos práticos semelhantes à súmula vinculante, mas sem enfrentar maiores oposições.

Considerando que a maioria dos recursos que tramitam nos tribunais superiores é interposta pela administração pública e que grande parte dos juízes tende a aplicar as súmulas dessas cortes, a súmula impeditiva de recursos, aliada à repercussão geral da matéria, apresenta-se apta a resolver a chamada “crise dos tribunais superiores”, com sensível redução do número de recursos a serem apreciados.

Outra medida destinada a diminuir o número de processos que estrangula as cortes superiores é a chamada repercussão geral da matéria, assemelhada à antiga arguição de relevância. Institui-se mais um requisito de admissibilidade – a demonstração da repercussão geral da matéria recorrida – para os recursos de natureza extraordinária. O recorrente tem que evidenciar a relevância da questão que pretende ver conhecida pelo Tribunal e este examina, previamente, o incidente, somente podendo recusar o recurso por maioria qualificada.

A proposta vem legitimar a restrição que, na prática, os tribunais superiores têm feito à admissão dos recursos de natureza extraordinária (recurso extraordinário, especial e de revista) como a exigência de pré-questionamento, a inadmissibilidade por interpretação razoável da decisão recorrida ou por superação da divergência por iterativa, notória e atual jurisprudência.

O Tribunal Superior do Trabalho conta com mecanismo similar, devendo a Corte, ao julgar recursos de revista, apreciar previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. O processamento do incidente depende de regulamentação no regimento interno.

A reforma do Judiciário cogitou ainda do incidente de inconstitucionalidade. Instrumento parecido com a antiga advocatória, é bastante criticado por seus pendores antidemocráticos. Malgrado derrubado na votação da Câmara, o Poder Executivo insiste na sua aprovação por meio da Proposta de Emenda Constitucional n. 406/2001, em trâmite naquela Casa.

Possibilita o incidente que o Supremo Tribunal Federal, em casos de reconhecida relevância, determine a suspensão de todos os processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sobre a matéria constitucional suscitada.

Tal dispositivo, se aprovado, representará duro golpe no modelo difuso ou incidental de controle de constitucionalidade das leis, com acentuada concentração da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal.

Também contribui para a concentração da jurisdição constitucional a ampliação da legitimidade das pessoas e entidades que podem propor a ação direta de constitucionalidade, que, na proposta de reforma do Judiciário, fica equiparada à ação direta de inconstitucionalidade nesse aspecto.

A concentração do controle de constitucionalidade aproxima o Supremo Tribunal Federal cada dia mais de uma autêntica Corte Constitucional, embora o figurino resultante da reforma ainda não lhe empreste essa conformação. Trata-se de movimento indisfarçável de conferir primazia e relevância ao modelo concentrado e abstrato, em detrimento do controle difuso e incidental, com vasta repercussão sobre a organização judiciária brasileira e o acesso ao Judiciário.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. Questão de repercussão social: uma possível solução? In: ENCONTRO DOUTRINA–JURISPRUDÊNCIA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2000, Brasília. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/Pages/Sen/eventos/jurisp/Arruda%20Alvim.doc>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

AMARAL, Carlos Alberto do. *Súmula e efeito vinculante*. Porto Alegre, 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=255>>. Acesso em: 16 ago. 2002.

APPROBATO, Rubens Machado. Controle: Approbato critica incidente de constitucionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 26 jul. 2001. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?numero=5970&ad=c>>. Acesso em: 20 ago. 2002.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Nota*. Brasília, 21 ago. 2001. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/legis/textos/avocatoria.doc>>. Acesso em: 20 ago. 2002.

AUDIÊNCIA PÚBLICA N. 909/95 da Comissão Especial da Câmara dos Deputados sobre a Reforma do Judiciário, Brasília, 26 set. 1995. Transcrição taquigráfica, p. 76. Apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

AVALANCHE de Processos: União é parte em 85% dos processos do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, 4 set. 2000. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=3300&ad=c>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

BENASSI, André. *Relatório apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=32425>. Acesso em: 20 ago. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.226, de 4 de setembro de 2001. Acresce dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e à Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 set. 2002. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

———. *Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000* (Texto Consolidado). Introduce modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/jurisprudencia/20020314141716/20020313181724/view?page=NOTA0001.HTM>>. Acesso em: 14 ago. 2002.

CARVALHO, Ivan Lira de. *Decisões vinculantes*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=254>>. Acesso em: 15 ago. 2002.

CASTRO, Reginaldo. Retrocesso: OAB afirma que reforma do Judiciário piora o sistema [entrevista em 27 dez. 1999]. *Revista Consultor Jurídico*, 4 set. 2000. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=3300&ad=c>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

DINIZ, Antonio Carlos de A. *Efeito vinculante e suas conseqüências para o ordenamento jurídico*. Rio de Janeiro, [200?]. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=252>>. Acesso em: 16 ago. 2002.

FIGUEIREDO, Fran. *A reforma do Poder Judiciário*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LEITE, Paulo Costa. Crise institucional: Credibilidade do Judiciário nunca esteve tão baixa. *Revista Consultor Jurídico*, 26 dez. 2001. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=3300&ad=c>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

LINHARES, Leonardo de Oliveira. *Efeito vinculante das súmulas como garantia de um processo de resultados*. Belém, 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2742>>. Acesso em: 16 ago. 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência no recurso de revista: Projeto de Lei N. 3.267/00. *Revista LTr*, São Paulo, ano 65, ago. 2001.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. Camisa de força: Anamatra repele incidente de constitucionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 26 jul. 2001. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?numero=5911&ad=c>>. Acesso em: 20 ago. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

———. Incidente de inconstitucionalidade: uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. *Revista Jurídica Virtual*, n. 2, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/incid_inconst.htm>. Acesso em: 19 ago. 2002.

MENEGATTI, Christiano. *O efeito vinculante e a crise no Judiciário*. Vitória, 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=251>>. Acesso em: 15 ago. 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Reforma do Judiciário (IV): Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=217>>. Acesso em: 19 ago. 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar (Ed.). *O Judiciário e a economia no Brasil*. Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp), 2000. p. 95. Disponível em: <<http://www.inform.umd.edu/IRIS/IRIS/docs/Portuguese.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2002.

RIBEIRO, Antonio Eduardo Silva. *Acesso aos recursos constitucionais como instrumento de cidadania: anotações ao recurso especial e ao recurso extraordinário*. Palestra proferida no CONGRESSO NORTE E NORDESTE DOS DEFENSORES PÚBLICOS. Disponível em: <<http://www.rradvocacia.com.br/artigos/palestra.doc>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000* (Texto Consolidado). Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/jurisprudencia/20020314141716/0020313181724/view?page=NOTA0001.HTM>>. Acesso em: 14 ago. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas*. Disponível em: <<http://www.imb.org.br/revista11/caderno>>. Acesso em: 17 ago. 2002.

IDENTIDADES, DIFERENÇAS

*Sergio Gardenghi Suiama**

“O mestre não diz mais: você pensará como eu ou morrerá. Ele diz: você é livre de não pensar como eu: sua vida, seus bens, tudo você há de conservar, mas de hoje em diante você será um estrangeiro entre nós” (Alexis de Tocqueville, A democracia na América).

1 Introdução

O objetivo deste artigo é investigar o modo de produção da violência contra todos aqueles que não se comportam ou não atendem aos padrões definidos pela maioria. Minha hipótese de trabalho é a de que essa violência acontece em três tempos logicamente distintos, a saber: a) a construção ideológica da figura do *outro* a partir de critérios pretensamente universais e abstratos; b) a desvalorização desse *outro* construído; e, finalmente, c) a prática de atos de violência física ou simbólica contra ele.

O tema é por demais amplo e as reflexões aqui apresentadas são muito modestas e não buscam outra coisa senão suscitar o debate. Deliberadamente aceitei o risco de escrever sobre um tema não diretamente afeto à minha área de atuação, porque entendo que a luta pelo efetivo reconhecimento do direito à autonomia e à diferença não pode estar circunscrita ao campo jurídico. Cuida-se, antes de mais nada, de criticar os falsos pressupostos sobre os quais estão apoiados os arranjos sociais que fomentam o preconceito e a massificação, e de combater as suas múltiplas manifestações no cotidiano.

2 Eu, tu, eles

Em um de seus ensaios, Jorge Luis Borges cita uma “certa enciclopédia chinesa” na qual será escrito que

“os animais se dividem em: a) pertencentes ao imperador, b) embalsamados, c) domesticados, d) leitões, e) sereias, f) fabulosos, g) cães em liberdade, h) incluídos na presente classificação, i) que se agitam como loucos, j) inumeráveis, k) desenhados com um pincel muito fino de pêlo de camelo, l) *et cetera*, m) que acabam de quebrar a bilha, n) que de longe parecem moscas”¹.

O texto é jocoso, mas também causa incômodo porque subverte a ordem do pensamento classificatório, fazendo cintilar “os fragmentos de um grande número de ordens possíveis na dimensão sem lei nem geometria, do heteróclito”². Nossa razão determina que os animais,

* Sergio Gardenghi Suiama é Procurador da República em São Paulo.

¹ O ensaio é “El idioma analítico de John Wilkins”. Foucault, no prefácio do livro *As palavras e as coisas* (São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. IX), cita esse texto.

² FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*, cit., p. XII.

as coisas e também as pessoas sejam agrupados segundo critérios previamente definidos, e não temos o hábito de questionar que critérios são esses e para que eles servem. Se o fizéssemos, talvez descobriríamos que esses critérios, que pareciam resultar de uma elaboração teórica objetiva e neutra, sem qualquer laço de dependência com as condições sociais e históricas, são, na verdade, expressões dessas condições reais³; isto é, esses critérios são produto da ideologia.

Ideologia, segundo Marilena Chauí, é

“um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador”⁴.

A função da ideologia é ocultar o modo como as relações sociais são produzidas e a origem das formas de dominação⁵, por intermédio de um discurso “racional” que apresente essas relações como naturais e eternas. As idéias do grupo hegemônico são, assim, apresentadas como universalmente válidas e assumidas como pertencentes a toda coletividade.

Um dos mais poderosos recursos de que se vale a ideologia é a naturalização das divisões sociais e a criação da figura do *outro*, por oposição ao sujeito produtor do discurso. Diversamente do que o discurso dominante quer fazer crer, a identidade de cada um não é um dado, mas sim algo construído a partir das relações que se estabelecem nas sociedades humanas. Não obstante, estamos acostumados a dizer que alguém é bandido, estrangeiro, louco, homossexual, índio ou negro, e achar que todas essas classificações são naturais e eternas. Não há nada de natural nelas, porém. Como observa o psicanalista Jurandir Freire Costa, “todos esses arranjos exigem uma seleção de predicados relevantes [v.g., a raça, a vinculação a um Estado nacional, a cor da pele ou a situação penal] para certos interesses, que são tão antinaturais quanto qualquer construto teórico que venhamos a imaginar”⁶.

Habermas, em artigo publicado no livro *A inclusão do outro*, situa, por exemplo, o binômio nacional/estrangeiro no contexto de consolidação dos Estados-Nacionais. Como é sabido, o termo “nação”, tal como empregado modernamente, não significa apenas o conjunto de integrantes de um território, mas também a “comunidade política marcada por uma ascendência comum, ou ao menos por uma língua, cultura e história em comum”⁷. Esse conceito de nação, observa o filósofo alemão, desempenhou um papel catalisador na

³ CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 16.

⁴ CHAUI, *O que é ideologia*, cit., p. 113.

⁵ Idem, p. 21.

⁶ COSTA, Jurandir Freire. *A inocência e o vício: estudos sobre o homoerotismo*. Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1992. p. 25.

⁷ HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 124.

formação dos Estados-Nacionais. Com efeito, ante o esboroamento do poder religioso, o discurso de que os habitantes de um território pertenciam à mesma “nação” serviu como um fator de integração social importantíssimo no processo de formação e consolidação dos Estados seculares.

“Para a mobilização política que ocorreu foi necessária uma idéia cuja força fosse capaz de integrar as consciências morais, com um apelo ainda mais forte aos corações e ânimos do que aquele exercido pela soberania popular e pelos direitos humanos. Essa lacuna é preenchida pela idéia de nação. É ela que torna consciente aos habitantes de um mesmo território a nova forma de pertença a um todo, política e juridicamente mediada. Apenas a consciência nacional que se cristaliza em torno da percepção de uma ascendência, língua e história em comum, apenas a consciência de se pertencer a ‘um mesmo’ povo torna os súditos cidadãos de uma unidade política partilhada – torna-os, portanto, membros que se podem sentir responsáveis *uns pelos outros*”⁸.

A ideologia nacionalista, porém, não sobrevive quando confrontada com a história. Na Idade Média, observa Francesco Rossolillo, uma pessoa “deveria se sentir antes de tudo um cristão, depois um borgonhês e, somente em terceiro lugar, um francês (sendo que o sentir-se francês tinha, então, um significado inteiramente diferente do atual)”⁹. O fator de discrimen “ascendência comum”, no mais, é absolutamente débil para definir o nacional. O que significa concretamente possuir uma ascendência comum? A identidade lingüística é insuficiente para explicar o fenômeno, pois

“muitas Nações são plurilíngües e [...] muitas línguas são faladas em várias Nações, [...] além disso, o monolíngüismo de determinadas Nações, como a França ou a Itália, não é algo original nem espontâneo, e sim, pelo menos em parte, um fato político, fruto da imposição a todos os membros de um Estado, pelo poder político, de uma língua falada apenas numa porção desse Estado, com a conseqüente decadência dos dialetos e das línguas originais”¹⁰.

A precariedade dos critérios “objetivos” usualmente apresentados permite concluir que “a Nação não passa de uma entidade ideológica, isto é, do reflexo na mente dos indivíduos de uma situação de poder” [qual seja, o Estado Nacional], conclui Rossolillo.

À semelhança do que acontece com outras ideologias classificatórias, o discurso nacionalista é dicotômico. “Nacional” é quem possui uma ascendência comum; aqueles que não a têm são os *outros*, os “estrangeiros”. A palavra encontra sua raiz no termo latino *extranèus*, “o que é de fora, aquele que não pertence à família ou ao país”. Do mesmo radical, em nosso vernáculo, formou-se a derivação “estranho”, palavra com manifesto

⁸ Idem, p. 131.

⁹ ROSSOLILLO, Francesco. Nação. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. v. 2, p. 795.

¹⁰ Idem, p. 796.

conteúdo pejorativo¹¹. Na língua francesa, mais próxima do latim nesse caso, há um único substantivo – *étranger* – para designar o não-nacional e o “estranho”.

3 Degenerados e pervertidos

A partir desse exemplo, é possível observar como ocorre a estruturação ideológica das identidades. Não se trata apenas da construção de um “eu” (ou “nós”) em oposição ao “outro” (“eles”), com fundamento em predicados falsamente apresentados como naturais. O passo seguinte é a inferiorização, ainda no plano discursivo, da figura do outro. Não por acaso, muitas palavras derivadas da raiz latina *alter* – subalterno, adúltero, adulterado, alterado – possuem um conteúdo depreciativo. Reafirmamos, por intermédio da linguagem, a superioridade do “eu” em relação ao “outro”. Os afrodescendentes, os índios, os portadores de deficiência física e os homossexuais não pertencem apenas a “classes” diferentes de pessoas: são também “naturalmente” inferiores porque não possuem os atributos físicos ou psíquicos definidos como “normais” pela maioria. É corrente e conhecido, aliás, o uso de termos pejorativos, que têm sua raiz justamente nesse processo de “subalternização” do outro. Judiar¹², judiaria, mulato¹³, denegrir, mulherzinha e bicha são apenas alguns dos termos incorporados à linguagem cotidiana e que evidenciam claramente a inferiorização daqueles que não atendem ao padrão definido pelos grupos dominantes e posteriormente introjetado no inconsciente da maioria.

Celso Lafer, no parecer juntado aos autos do *habeas corpus* em que o Supremo Tribunal Federal debateu a interpretação do conteúdo do crime de racismo¹⁴, mostra como a classificação dos seres humanos em raças, falsa do ponto de vista genético¹⁵, serviu de caldo de cultura para que teorias racistas justificassem a superioridade da “raça” ariana em relação às demais. A propósito, cita Lafer o seguinte comentário feito por Arthur de Gobineau (1816-1882), um dos grandes teóricos do racismo, por ocasião de sua visita ao Brasil:

¹¹ O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* indica o termo “esquisito” como um dos sinônimos de “estranho”. “Esquisito” é a qualidade daquele que não é igual à maioria; diferente, anormal, excêntrico. Em algumas regiões do Brasil, registra o mesmo dicionário, “esquisito” é o adjetivo empregado para designar aquele que tem um aspecto feio ou desagradável.

¹² Câmara Cascudo, em seu *Dicionário do Folclore Brasileiro*, aponta que “como reminiscência religiosa permanece no espírito popular a figura do judeu como símbolo da malvez absoluta, alegrando-se com o sofrimento alheio, egoísta, insensível, imperturbável de orgulho. No vocabulário ficaram esses elementos longínquos da impressão coletiva contra o israelita. Judiar é maltratar, torturar, magoar. Judiaria não é a reunião de judeus, mas o ato, a ação de judiar. Comum apontar-se o gesto mau como natural do judeu: ‘quem matou meu passarinho foi judeu, não foi cristão; meu passarinho tão manso que comia em minhas mãos’. Um dia cheio de contrariedade é ‘um dia-de-judeu’; e um dia triste, de sol entre nuvens e de amudado cantar de galo, se diz que ‘morreu judeu’. Quem cospe em cristão é judeu. Quem promete e falta é judeu. Quem come carne em dia da Paixão é judeu. Judeu bebe sangue de gente. Judeu come carne de menino novo” (citado por Celso Lafer, no parecer adiante referido).

¹³ O *Dicionário Houaiss* registra que mulato é aquele que é filho de pai branco e de mãe preta (ou vice-versa), mas também o burro pequeno, ainda novo.

¹⁴ Trata-se do *Habeas Corpus* n. 82.424-2, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2003, no qual figura como paciente Siegfried Ellwanger.

¹⁵ “O avanço do conhecimento – anota Celso Lafer no citado parecer – se incumbiu de mostrar que não há fundamento biológico em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios das diferenças visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. As diferenças genéticas individuais entre duas pessoas

“Trata-se de uma população totalmente mulata, viciada no sangue e no espírito e assustadoramente feia. Nenhum brasileiro é de sangue puro; as combinações dos casamentos entre brancos, indígenas e negros multiplicaram-se a tal ponto que os matizes de carnação são inúmeros, e tudo isso produziu, nas classes baixas e nas altas, uma degenerescência do mais triste aspecto”¹⁶.

O século de Gobineau foi pródigo também na classificação das pessoas segundo a “patologia” ou a “perversão” sexual que apresentassem. O “homossexual” é filho da ideologia burguesa daquele século¹⁷, assim como outros personagens não tão populares, tais como os exibicionistas, os fetichistas, os zoerastas, os automonossexualistas, os mixoscopófilos, os ginecomastos, os presbiófilos, os invertidos sexoestéticos e as mulheres disparênicas.

“A mecânica do poder que ardorosamente persegue todo esse despropósito – acrescenta Michel Foucault – só pretende suprimi-lo atribuindo-lhe uma realidade analítica, visível e permanente: encrava-o nos corpos, introdu-lo nas condutas, torna-o princípio de classificação e de inteligibilidade e o constitui em razão de ser e ordem natural da desordem. Exclusão dessas milhares de sexualidades aberrantes? Não, especificação, distribuição regional de cada uma delas. Trata-se, através de sua disseminação, de semeá-las no real e de incorporá-las ao indivíduo”¹⁸.

Freud via no sentimento de repulsa a pessoas “estranhas” a expressão de um “narcisismo que tende a afirmar-se e se conduz como se o menor desvio de suas propriedades e particularidades individuais implicasse uma crítica a elas e um convite a modificá-las”¹⁹. Na mesma linha psicanalítica, observa Jurandir Freire Costa que

“a estabilidade da cultura, sem a qual não existiriam recorrências de regras e tampouco subjetividades que se reconhecessem como subjetividades, dá-se às custas de diferenças e oposições ao que não é idêntico. Uma cultura só reconhece sua identidade distinguindo-se de outras. *Mutatis mutandis*, o mesmo ocorre com a identidade do sujeito e, finalmente, com os ideais de eu. Para

brancas são maiores que a diferença genética média entre brancos e negros e não custa lembrar que a integridade genética da espécie humana, como unidade, é comprovada na reprodução entre pessoas de ‘raças’ diferentes, gerando descendentes normais e férteis. [...] A capacidade de desvendar o genoma humano – que é uma revolução coperniquiana da biologia – permite dizer que conhecer uma espécie se reduz a conhecer o seu genoma completo, e o seqüenciamento do genoma humano indica que as diferenças existentes no código genético de cada ser humano – que estão na escala dos milhões – não tem maior relação com a sua procedência geográfica ou étnica. No estudo da variabilidade genética humana, verifica-se que de 90 a 95% dela ocorre dentro dos chamados ‘grupos raciais’, não entre eles. Em síntese, como diz Sérgio Danilo Pena: ‘há apenas uma raça do *homo sapiens*: a raça humana’” (p. 61-62).

¹⁶ RAEDERS, Georges. O conde Gobineau no Brasil. *Apud* LAFER, Celso. Parecer, cit., p. 57.

¹⁷ Jurandir Freire Costa (*A inocência e o vício...*, cit., p. 43) localiza o nascimento do termo “homossexual” em um texto do médico húngaro Benkert, datado de 1869. Michel Foucault refere-se a um artigo de Westphal, de 1870, sobre as “sensações sexuais contrárias”, como a data natalícia do termo (*História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 43).

¹⁸ *História da sexualidade I...*, cit., p. 44.

¹⁹ FREUD, Sigmund. *Psicología de las masas*. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 40.

que um ideal de eu mantenha-se operante é preciso que existam casos ou ocorrências subjetivas que contrariem ou não cumpram os requisitos exigidos para a realização do ideal. Assim, a construção de subjetividades ideais implica, *ipso facto*, a figura da antinorma ou do desvio do ideal, representada pelos que *não podem, não sabem ou não querem seguir as injunções ideais*. A esses, diz Freud, é reservada a posição de objeto do desejo de destruição da maioria que em nome da norma ideal outorga-se o poder de atacar ou destruir física ou moralmente os que dela divergem ou simplesmente se diferenciam²⁰.

4 “*Band-aid*, da cor da pele”

A etapa final do processo ora descrito é a violência. A história registra os mais repugnantes episódios de intolerância contra o outro. Em nome da religião católica, milhares de “infieis” foram mortos nas cruzadas dos séculos XI a XIV. Em nome da supremacia e da pureza da raça ariana, oito milhões de pessoas – judeus, ciganos, homossexuais, portadores de deficiências físicas – foram exterminados pelo nacional-socialismo alemão. Só em *Auschwitz*, as câmaras de gás tinham capacidade para matar e incinerar doze mil pessoas por dia. No Brasil, há menos de vinte anos, pacientes que sofriam de algum distúrbio mental eram submetidos a sessões de choques elétricos. No Brasil, há três anos, Edson Nêris da Silva foi morto quando passeava com seu namorado, na Praça da República, centro de São Paulo.

Como observa Celso Lafer no já citado parecer, há distintas escalas de agressividade contra os grupos minoritários, sendo que o extermínio premeditado e a ofensa à integridade física das vítimas representam os últimos graus dessa escala. Num grau abaixo há a segregação espacial, tal como imposta pelo nacional-socialismo, em relação aos judeus, ou pelo regime do *apartheid*, na África do Sul. Não seria, a propósito, a segregação *de facto* imposta aos pobres, nas periferias das grandes cidades brasileiras, também uma forma de violência?

A violência contra grupos discriminados, porém, não se limita à prática de atos de coerção física. É comum que a violência assuma também a forma da privação de direitos ou da intimidação simbólica²¹.

Há inúmeros exemplos históricos de privação legal de direitos. No Brasil, a Constituição do Império excluía do direito de votar na eleição dos deputados, senadores e membros dos conselhos de província os escravos libertos, “os criminosos pronunciados em querela ou devassa” e os que não tivessem, de renda líquida anual, “duzentos mil-réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego”²². O direito de voto somente foi constitucionalmente assegurado às mulheres em 1934²³, e aos analfabetos em 1988. Não obstante o art. 5º, *caput*, da Constituição democrática declarar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, remanescem em nosso ordenamento normas infraconstitucionais

²⁰ Idem, p. 19.

²¹ A própria linguagem, como vimos, pode ser usada como um instrumento de violência simbólica.

²² Art. 94 da Constituição brasileira de 1824.

²³ Art. 98, § 1º, da Constituição.

discriminatórias, tais como a proibição do exercício de atividade remunerada pelo estrangeiro, contida no art. 98 da Lei Federal n. 6.815/80²⁴.

A privação de direitos ocorre também à margem do próprio ordenamento, principalmente quando não há garantias eficazes para assegurar a efetividade do direito à não-discriminação. É o que acontece com a discriminação nas relações de trabalho praticadas contra afrodescendentes²⁵, mulheres, idosos e travestis, entre outros.

A violência simbólica infligida aos grupos discriminados não é menos prejudicial. O *estereótipo* é uma de suas formas comuns. Afrodescendentes são particularmente vítimas desse tipo de preconceito. Basta lembrar os papéis que lhes são tradicionalmente reservados na televisão brasileira. Vemo-los como empregados domésticos, assaltantes, pagodeiros ou jogadores de futebol; jamais, porém, como juízes, médicos e engenheiros. O mesmo acontece com as mulheres. Um aluno desavisado poderá encontrar, por exemplo, o seguinte texto contido em um livro didático: “debaixo de sol ou chuva, o papai vai trabalhar para dar todo conforto ao nosso querido lar. Papai *trabalha* para sustentar a casa e mamãe *trata* do lar, do marido e dos filhos”²⁶.

²⁴ Entendo que o direito ao trabalho é um direito humano fundamental que não pode estar vinculado à contingência da nacionalidade. A Constituição da República, em seu art. 6º, não faz nenhuma discriminação quanto ao gozo dos direitos sociais lá indicados. *Todos* – nacionais ou estrangeiros – têm direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

Os perigos de vincular o gozo dos direitos fundamentais à nacionalidade foram apontados com extrema precisão por Hannah Arendt, em seu livro *As origens do totalitarismo*. Analisando o cancelamento, em massa, da nacionalidade de judeus e de todos os inimigos do *Reich*, Hannah Arendt observou que a situação angustiante dos apátridas “não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles” pois estão privados de uma comunidade política que os contemple como sujeitos de direito e em relação à qual tenham direitos e deveres. Daí por que, para a filósofa alemã, o primeiro direito humano fundamental é o direito a ter direitos, i.e., o direito a pertencer a uma comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por suas ações, nos exatos parâmetros da legalidade.

Por essas razões, entendo que é manifestamente inconstitucional, por afronta ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*) e ao disposto no art. 6º da Carta Política, as regras contidas nos arts. 98, 99, 100, 101, 104, 106 e 125, inciso VIII, do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.515/80). Essas regras proíbem o exercício de atividade remunerada pelo estrangeiro e punem o faltoso com a sanção administrativa da deportação. Trata-se, aqui, repito, de reconhecer a universalidade do direito fundamental ao trabalho, independentemente do vínculo jurídico estabelecido pela pessoa com o Estado. Não importa, portanto, o tipo de visto que é concedido ao estrangeiro, e tampouco se está ele em situação regular ou irregular em nosso país. Não é possível negar a ele o acesso ao trabalho, da mesma forma como não é possível subtrair-lhe a garantia do *habeas corpus* ou o direito de ser atendido em um hospital público. Ainda, portanto, que o estrangeiro possua apenas um visto de turista, poderá ele postular, inclusive judicialmente, mediante mandado de segurança ou outro remédio jurídico, a emissão, pelo Ministério do Trabalho, da carteira profissional necessária ao registro profissional e ao gozo dos direitos trabalhistas previstos na CR e na CLT. E mais: se a Polícia Federal ou algum órgão de fiscalização encontrar um estrangeiro exercendo atividade remunerada não poderá, apenas em razão desse fato, sancioná-lo com a deportação.

²⁵ No conhecido estudo *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*, elaborado para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Ricardo Henriques mostra que as taxas de desemprego entre a população negra são superiores às taxas verificadas entre brancos (no ano de 1999, respectivamente 10,6% e 8,9%). O percentual de brancos na economia informal era, em 1999, de 48,07%; já entre os negros esse percentual era de 59,89%. Dos brancos, 14,7% estavam ocupados na indústria de transformação e nos serviços modernos; e apenas 9,8% dos negros atuavam no mesmo setor (HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. p. 35-40).

²⁶ Citado por ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 1986. p. 76.

Os silêncios também são parte integrante das “estratégias que apóiam e atravessam os discursos”²⁷ do preconceito. Parece incrível, mas nas revistas femininas editadas no Brasil quase não há fotografias de afrodescendentes, não obstante ao menos metade da população nacional ser composta por negros e pardos. Muitos arquitetos e engenheiros que projetam edificações no Brasil simplesmente se esquecem que alguns portadores de deficiência física precisam de rampas de acesso para se locomover. Até há alguns anos, a propaganda do *Band-aid* anunciava, com orgulho, que o produto comercializado era da “cor da pele”. Por certo não ocorreu ao publicitário ou ao fornecedor que os seres humanos ostentam variadas cores de pele. A invisibilidade, como se vê, é também uma forma de exclusão.

Os meios de comunicação de massa são, em geral, os grandes responsáveis pela difusão do preconceito. Em um programa humorístico, na maior emissora de televisão do país, por exemplo, o pai de um filho homossexual repete a cada programa o bordão: “onde foi que eu errei?”. O esquete apresenta a falsa idéia de que os pais são responsáveis pela orientação homossexual de seus filhos e que estes são verdadeiros “erros” para a sociedade. Qual o impacto causado pela repetição semanal dessas idéias discriminatórias na complexa relação entre pais e filhos homossexuais?

A lógica autoritária do consumo que orienta a TV, o rádio e o cinema feito para as massas difunde o preconceito, homogeneiza os gostos e, como observam Theodor Adorno e Max Horkheimer, nos torna incapazes “de ouvir o que nunca foi ouvido e de apalpar com as próprias mãos o que nunca foi tocado”²⁸. É disso que trato no item seguinte.

4 Eu, etiqueta

As vítimas desses processos de dominação não são apenas aqueles que são alvo do preconceito. À maioria que mais ou menos segue o padrão vigente restam o empobrecimento da experiência, a massificação e a intolerância. O próprio étimo da palavra “preconceito” (“idéia, opinião ou sentimento desfavorável formado *a priori*, sem maior conhecimento, ponderação ou razão”) já evidencia os prejuízos da padronização.

“A unidade do coletivo manipulado consiste na negação de qualquer indivíduo; zomba-se de toda espécie de sociedade que pudesse querer fazer do indivíduo um indivíduo. A horda, cujo nome figura sem dúvida alguma na organização da Juventude Hitlerista, não é nenhuma recaída na antiga barbárie, mas o triunfo da igualdade repressiva, o desenvolvimento da igualdade do direito na injustiça feita pelos iguais”²⁹.

“Com que inocência demito-me de ser eu que antes era e me sabia tão diverso de outros, tão mim-mesmo, ser pensante, sentinte e solidário com outros seres diversos e

²⁷ A expressão é de Michel Foucault, in *História da sexualidade I...*, cit., p. 30.

²⁸ *Idem*, p. 26.

²⁹ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética da razão*. p. 10.

conscientes de sua humana, invencível condição”, escreveu Drummond, com ironia, no poema “Eu, etiqueta”.

A propósito, parece-me um erro dos movimentos de minorias reivindicar a existência de uma identidade própria – negra ou feminina ou outra qualquer. Sustentar que todos os negros ou todas mulheres possuem uma mesma “essência” é, creio, adotar como seu o discurso classificatório do opressor. Todos os sujeitos que pertencem a um grupo discriminado têm algo em comum, que é justamente o contato, em maior ou menor grau, com o preconceito social. Daí, porém, afirmar que eles compartilham de uma identidade única há um grande passo. O erro está justamente em resumir a complexidade do sujeito à cor da sua pele, ao seu sexo ou ao local de seu nascimento. “A maneira que temos de sair da engrenagem é desfazê-la, e não reformá-la preservando os termos de sua definição e deixando-a intocada na base”³⁰, analisa Jurandir Freire Costa. O combate ao preconceito pede a denúncia da crença de que os sujeitos são “naturalmente” divididos em homens e mulheres, brancos e negros, sãos e loucos, nacionais e estrangeiros, e não o reforço a essa crença.

Tentei mostrar neste pequeno artigo que a ordenação dos sujeitos a partir de categorias binárias “naturalmente” estabelecidas – branco *ou* negro, nacional *ou* estrangeiro, são *ou* louco – vem servindo apenas para justificar a dominação e a exclusão daqueles que não atendem aos padrões definidos como valiosos ou normais pela maioria. Além disso, esse tipo de arranjo é empobrecedor pois reduz a riqueza das experiências individuais a rótulos preestabelecidos e monotonamente homogêneos.

Há mais de duzentos anos Kant convocou todos a fazerem uso do próprio entendimento sem a orientação de outrem³¹. Por comodismo ou covardia³² – disse o filósofo – a maioria das pessoas permanecem com gosto sob a direção alheia e abandonam a cansativa tarefa de pensar e de trilhar os seus próprios caminhos. É possível, porém, sair desse estado de menoridade, se rejeitarmos os arranjos previamente estabelecidos (os velhos “instrumentos mecânicos de um uso racional”, de que falava Kant) e buscarmos, cada qual, construir a própria subjetividade, para além dos rótulos. É esse, me parece, um dos grandes desafios que se nos apresenta nas sociedades contemporâneas massificadas.

Como disse no início, acho que a luta pelo efetivo reconhecimento do direito à autonomia e à diferença não pode estar circunscrita ao campo jurídico. Já há muito tempo é sabido que a mera declaração formal do direito não é suficiente para garantir a sua eficácia. Cuida-se, antes de qualquer coisa, de criticar o modo como são produzidas a massificação e as mais diversas formas de preconceito, e de combater as suas múltiplas manifestações no cotidiano.

³⁰ *A inocência e o vício...* cit., p. 35.

³¹ KANT, Emanuel. Respuesta a la pregunta: qué es la ilustración?. *Filosofia de la história*. Buenos Aires: Nova Buenos Aires, 1964. p. 58-67.

³² Escreve Contardo Calligaris: “Somos sempre convidados a inventar livremente nossas vidas: é uma missão incômoda e dolorosa. Portanto estamos dispostos a acolher calorosamente qualquer um com quem possamos nos identificar. Quem sabe consigamos, assim, definir um pouco quem somos nós. Em suma, por sermos órfãos de identidades estabelecidas, acabamos sedentes de identificações” (As identificações e a possibilidade de pensar. *Folha de S. Paulo*, 10 abr. 2003).

REFLEXIONES SOBRE LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

*Angela Figueruelo**

SUMARIO: I. Planteamiento del tema. II. El modelo económico de la Constitución Española de 1978. II. a) La Constitución Económica o el Derecho Público de la Economía. II. b) Rasgos constitucionales del modelo económico español. II. c) El equilibrio entre la libertad de empresa y la intervención estatal. II. d) El principio de unidad de la Economía Nacional y su manifestación en la unidad de mercado. III. Los principios rectores de la política social y económica. IV. Sobre las garantías de los derechos sociales. V. Comentarios al artículo 51 de la C.E. de 1978. VI. Garantías constitucionales del Derecho del Consumo. Addenda.

I. Planteamiento del tema

Si nos fijamos en los estudios de sociología más avanzados observamos que actualmente el consumo se entiende como una manifestación del conflicto social moderno que afecta a la vida de todos y en el que podemos destacar tres categorías de actores: los productores o suministradores de bienes y servicios, el Estado y los consumidores individuales y sus organizaciones (C. OFFE). Estos últimos ocupan una peculiar posición en el llamado “Estado del Bienestar” la cual pone de manifiesto una situación de desventaja. Su influencia en el proceso económico es limitada y los problemas de organización y movilización de los consumidores a la hora de defender sus intereses son evidentes. Desde esta realidad fáctica es desde donde debemos partir a la hora de efectuar un enfoque constitucional del Derecho del Consumo.

Recientemente se ha escrito (J. KEANE) que “las políticas estatales desmercantilizan considerablemente la vida cotidiana de la población al sustituir el contrato por el estatus político y los derechos de propiedad por los derechos de ciudadanía”. A partir de esta premisa no hallamos obstáculos para la constitucionalización de lo que sin duda alguna supone uno de los comportamientos sociales más frecuentes de casi todos los individuos.

Aunque no es frecuente que los derechos del ciudadano-consumidor encuentren expresa tutela en los ordenamientos constitucionales, entre las excepciones que confirman la regla general se encuentra el art. 51 de la Constitución Española vigente, que dice al respecto:

* Angela Figueruelo é Professora de Direito Constitucional da Universidade de Salamanca, Espanha.

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

La presencia de normas como la que previamente hemos transcrito *debe ser comprendida en el marco económico global de nuestra Constitución*. De todos es sabido que la inclusión de cláusulas económicas en un texto fundamental no debe ser entendido como un ejercicio de retórica constitucional con el socorrido pretexto de dificultades financieras. En nuestra sociedad de consumo es natural que el Estado asuma de forma expresa, como uno de sus objetivos, la defensa de los consumidores y usuarios. El respeto a la persona en esta vertiente, implica la posibilidad de entenderla también con capacidad de ejercer sus derechos, en cuanto agente de esta fase del proceso económico. Quizás, la teoría económica de la democracia se haya excedido en la analogía funcional entre el Estado y el mercado como marcos de referencia donde el ciudadano ejerce sus derechos y manifiesta sus preferencias, pero, ello no impide afirmar que la protección del consumidor en cuanto elemento de la democracia económica pudiera, acaso, reformar el compromiso del ciudadano con el proceso político democrático del Estado (J.L. CASCAJO).

Es desde la perspectiva anterior desde donde conviene entender el fomento de la participación de los propios interesados en las cuestiones que puedan interesarles, sobre todo en una materia como la del consumo donde queda muy patente la insuficiencia de la regulación legal. Por ello se ha dicho que

“el papel de los actores individuales y colectivos en la sociedad civil está cobrando una creciente importancia estratégica para la solución de los problemas sociales. Puesto que la justicia ya no es algo que pueda realizarse únicamente a través de la legislación, el imperio de la ley ha de verse complementado en su nivel más bajo por la acción de ciudadanos conscientes guiados por principios” (C. OFFE y V. PREUSS).

Teniendo en cuenta la evidente insuficiencia de los mecanismos legales para la protección de este tipo de derechos, no es ocioso el énfasis constitucional en el mandato de un procedimiento eficaz de garantía. Y, aunque no le corresponda a la disciplina del Derecho Constitucional el monopolio de una visión general y completa del fenómeno del consumo, sí tiene una gran responsabilidad en su concepción troncal y propedéutica. Debe estrechar los vínculos entre la política y el derecho, armonizar la norma con la ética social y actuar como técnica ordenadora de una realidad desde los principios y valores de la libertad, igualdad y dignidad humanas (P. LUCAS VERDU).

La doctrina ha puesto de relieve que el lenguaje constitucional, que opera con referencias constantes a convicciones morales, prácticas sociales y evoluciones políticas, en base a la superioridad jerárquica de la Constitución y a la función legitimadora de sus principios, somete todas las disposiciones normativas del ordenamiento a una especie de presión ininterrumpida. Al desenvolvernos *en los contornos difusos del mundo de los principios jurídicos* el intérprete con frecuencia se ve obligado a ponderar, proporcional y razonablemente las limitaciones que un principio supone para la aplicación y vigencia de otro, de forma que se consiga la mayor compatibilidad posible entre ambos (R. ALEXY). La función que juegan los Tribunales Constitucionales en este campo es imprescindible para el desarrollo de un Estado que se llama Social de Derecho.

De ahí que, al no haber zonas inmunes a la *penetración de los principios y valores constitucionales* se legitima la adopción de diversas medidas de intervención pública para la protección de los bienes e intereses que entran en juego en una materia tan compleja como ésta. Ante la inercia de la doctrina y la jurisprudencia hoy carece absolutamente de sentido no tomarse en serio el compromiso constitucional *de protección de los consumidores en el marco de las libertades económicas en el Estado Social*.

II. El modelo económico de la Constitución Española de 1978

II. a) La Constitución Económica o el Derecho Público de la Economía

La preocupación por los derechos sociales y la consagración del Estado como promotor de la justicia social y económica en el Constitucionalismo de la postguerra (II Guerra Mundial) dieron lugar a una revisión de los conceptos jurídico políticos. Entre ellos surgió el “Derecho Constitucional Económico” en el que se dan cita cuestiones referentes a la intervención del Estado en la economía, la función social del Estado, el principio del Estado Social... que conducen a la obligación del Estado de procurar la nivelación de las diferencias sociales y el establecimiento de un orden social justo.

El fundamento de este Derecho Público de la economía lo encuentra la doctrina (I.M. LOJENDIO) en la necesidad de someter al principio de justicia las decisiones económicas por su incidencia en la vida social, en el campo de las prerrogativas individuales y en la problemática del bien común. Se trata de un tema polémico porque obliga a definir qué se entiende por Constitución Económica y en qué medida pueden integrarse en la Constitución Política sus preceptos ó direcciones.

Hoy se entiende por Constitución Económica “el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada y los notables avances de la economía intervenida por el Estado en el régimen del mercado, en el régimen del derecho de la empresa y del trabajo y la abundante legislación existente en el ámbito económico y socio-político” (GARCIA PELAYO).

El concepto de Constitución Económica se puede entender en sentido fáctico y en sentido normativo. Poniendo el acento en los hechos efectuamos una desviación de la Constitución Política hacia el campo de la economía. Y, aparte de los requisitos, reservas

y limitaciones que desde la teoría jurídica son exigibles para aceptar la validez de un Derecho Constitucional Económico, lo cierto es que su ámbito de validez está directamente determinado por el fenómeno de la socialización cuyo instrumento principal en nuestro tiempo es la intervención del Estado en la Economía. Asistimos a lo largo del finalizado siglo XX a la etapa en la que el proceso de socialización e intervención estatal adquiere su máxima intensidad.

Se ha repetido hasta la saciedad que las Constituciones del Estado Liberal del siglo XIX tenían por objeto la regulación del Estado y no de la sociedad. Lo político era la materia constitucional pero no lo social, cultural o económico. Las propias declaraciones de derechos que los textos constitucionales contenían se manifestaban como la regulación de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado (derechos públicos) y no derechos sociales (P. DE VEGA). Estas afirmaciones pueden ser válidas como punto de partida a la hora de reflejar la teoría pero requieren ser matizadas cuando se trata de entender la realidad en la cual se proyectaron. Al consagrar las Constituciones la libertad en su sentido más amplio y al quedar garantizado el derecho de propiedad privada como uno de los derechos fundamentales, la norma constitucional no regulaba un sistema social y económico pero sí lo proclamaba: el de la libre iniciativa, esto es, el de la economía de mercado (M. ARAGON). Pero la Constitución no era ajena a la economía ya que, por lo que se refiere al propio Estado contenía las cláusulas dedicadas a la Hacienda Pública y en relación a la sociedad establecía una economía libre, en manos de los particulares con las mínimas injerencias por parte de los poderes públicos. Este esquema constitucional no impidió que el Estado, mediante leyes, reglamentos etc. interviniese en los fenómenos económicos, aunque esas intervenciones menores no quebraron el modelo que se mantuvo sin alteraciones hasta bien entrado el siglo XX. Es en este momento histórico cuando el Estado comienza a participar en la Economía, en unos casos absorbiéndola – Estados Totalitarios – y en otros regulando las líneas generales de su funcionamiento y actuando en los procesos económicos (Estado Social y Democrático de Derecho).

A la vista de las Constituciones de los Estados Democráticos de nuestro tiempo resulta obvio la gran diversidad de cláusulas económicas que contienen, cuestión que obliga a que se comente mucho en los últimos tiempos el modelo constitucional económico. Abandonando el modelo de economía libre se adopta *el de la economía intervenida que requiere el establecimiento en la norma suprema de limitaciones para los particulares y atribuciones competenciales para los poderes públicos*. Hay un número mayor de normas constitucionales respecto al tema porque hay una mayor capacidad pública de intervención y en consecuencia se darán mayores limitaciones a la libertad y un mayor protagonismo al Estado, al que sólo por el derecho pueden serle atribuidas competencias.

En resumen, las Constituciones del presente regulan la organización del Estado y de la sociedad en su conjunto, por lo que en ella se encuentran las directrices no sólo del Derecho público, sino también del Derecho privado. Por eso la Constitución además de ser la norma fundamental es la norma básica de todo el ordenamiento (M. ARAGON). Ya no es sólo la Constitución política del Estado sino que es, además la Constitución jurídica de la Nación y con ello se amplía considerablemente su campo normativo estableciendo

los principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que dentro de este sistema ocupan los sujetos privados y los poderes públicos (F. RUBIO LLORENTE).

II. b) Rasgos constitucionales del modelo económico español

En el Preámbulo de la Constitución Española vigente se alude a “un orden económico y social justo” y al “progreso de la economía”. Al margen de estas proclamaciones de carácter general nuestra “norma normarum” contiene a lo largo de su articulado un buen número de disposiciones en materia económica: Referentes a la Hacienda Pública, en sentido estricto (arts. 31, 133, 134 y 135 de la CE entre otros), ó al sector público de la economía (art. 128 de la CE), a la propiedad privada (art. 33 de la CE), a la libertad de empresa y la economía de mercado (art. 38 de la CE), a las líneas generales de la actividad económica nacional (arts. 38, 40 y 45, preferentemente, más los arts. 128, 130 y 131 de la CE) y a los sectores concretos de la actividad económica (arts. 148 y 149 de la CE).

A estos preceptos conviene añadir la definición del Estado español como un Estado Social capaz de intervenir con amplitud en la economía, tanto en la ordenación de la misma como en su propia realización (Art. 1.1 de la CE). Esta exégesis está clara en el texto constitucional y es algo común a todos aquellos países que pertenecen al modelo jurídico-cultural en el que España puede incluirse. A la vista del articulado es fácil concluir señalando que la Constitución Española faculta al Estado para intervenir con amplitud en la Economía, pero el problema se halla en conocer si existen límites a esa intervención, es decir, cuándo la intervención es obligatoria y cuándo es facultativa, pues, las tendencias doctrinales, predominantes en la actualidad, obligan a rechazar las tesis de la neutralidad del estado en materia económica. La Constitución garantiza, al menos en sus líneas básicas, la economía de mercado impidiéndose la completa erradicación de la libertad mediante cualquier sistema de economía totalmente intervenida por el poder público.

Según el Tribunal Constitucional (SSTC 1/82 y 11/84) la Constitución reconoce unos principios básicos del orden económico que de manera resumida será el modelo que *define el art. 38* de la propia Constitución: *el de la economía de mercado con limitaciones, acomodada a las exigencias del Estado social* (Economía Social de Mercado). Con ello se rechaza el modelo de la economía dirigida, fijando una economía libre, pero limitada. Ahora bien, pese a las limitaciones, el contenido esencial del modelo aparece garantizado no pudiendo ser desvirtuado por las decisiones de los poderes constituidos (M. ARAGON). Esto es así, porque, en el art. 38 de la CE aparece reconocido el mercado en cuanto garantía institucional que ha de ser respetada por el legislador y por el resto de los poderes públicos (C. SCHMITT).

En este orden constitucional económico, entendido como un conjunto normativo, presidido por la garantía institucional del mercado, la libertad otrora absoluta, resulta atemperada por las exigencias derivadas de la igualdad material (art. 9.2 de la CE) pues, no en vano, el Estado se define como social. De este modo se garantiza el instituto de la propiedad privada (art. 33.1 de la CE) se reconoce la función social de los bienes (art. 33.2 de la CE) en cuanto delimitadora del contenido esencial de los derechos, facultándose al

Estado para expropiar por causa de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización (art. 33.3 de la CE). Además, se proclama que toda la riqueza del país, en sus distintas formas, está subordinada al interés general (art. 128.1 de la CE).

De manera paralela se reconoce el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38.1 de la CE) y por otro se dispone que se protegerá su ejercicio de acuerdo con las exigencias de la economía general, y, en su caso, de la planificación (art. 38.2 de la CE) reconociéndose junto a esta iniciativa privada la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 de la CE) y se confirma la capacidad del Estado para planificar, mediante ley, la economía general (art. 131 de la CE).

En resumen, el orden constitucional económico del sistema jurídico español permite que la propiedad privada y la libre iniciativa privada estén sometidas a condiciones pero, éstas no pueden hacer desaparecer esos derechos, únicamente pueden modularlos. *La concurrencia entre lo público y lo privado (J. HABERMAS) no puede llevar a la desaparición de la economía de mercado de la misma manera que la función social del contenido esencial de los derechos de propiedad no puede hacer desaparecer la propiedad privada como garantía institucional.* Estos rasgos básicos permiten identificar el modelo económico genérico de la Constitución Española con el modelo económico de la Unión Europea, a la que España pertenece, y cuya configuración jurídica efectuada por el Derecho Comunitario es de obligado cumplimiento en aquellos Estados miembros de la Unión (principios de primacía y de aplicación directa creados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo).

II. c) El equilibrio entre la libertad de empresa y la intervención estatal

Sería demasiado simplista afirmar que la Constitución Española se adscribe al diseñar la Constitución económica al modelo de economía de mercado sin más. Lo dicho anteriormente resulta fuertemente matizado por los límites establecidos y por la simultánea consagración de otro principio, en equilibrio con el que venimos citando.

Los límites que con carácter genérico impone la Constitución al libre juego de las fuerzas económicas son: la función social de la propiedad privada y la herencia (art. 33.1 de la CE) y la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 de la CE). Hasta aquí nos encontramos ante límites normales, puesto que en la concepción común del mundo civilizado los derechos de propiedad e iniciativa privada no pueden concebirse como absolutos. Por otra parte, no se trata de dos límites distintos, ya que la función social es algo ligado íntimamente al interés general, aunque conceptualmente ambas nociones no se identifiquen (M. BAENA DEL ALCAZAR). Sucede, además que el art. 38 de la CE subordina la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado a “las exigencias de la economía general” y, en su caso, de la planificación.

Sin embargo, a pesar de lo previamente dicho, debe entenderse que la economía de mercado se mantiene ya que el límite afecta al ejercicio de la libertad de empresa y no a su marco general que sigue siendo la citada economía de mercado. Respecto a ambos juega el principio contradictorio que consiste en hacer convivir la iniciativa pública en la

economía y la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (Art. 128.2 de la CE). Se añade también a este precepto la intervención de empresas que, sin embargo, por su misma naturaleza juega siempre un papel accidental.

Entre estos dos polos de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y la iniciativa pública y la reserva de recursos al sector público, se mueve el sentido último de la Constitución económica en nuestro código fundamental. La libertad de empresa con sus presupuestos de la propiedad privada de los medios de producción y de la iniciativa privada a pesar de sus límites goza de una especial protección que nace “ex constitutione”, ya que, el art. 53 de la CE exige su desarrollo por ley y excluye la posibilidad de dictar decretos-leyes sobre la materia. Pero, también es cierto que para la iniciativa pública no se exige ley y que se deja a la opinión de las mayorías parlamentarias la definición de cuales son los recursos esenciales a reservar al sector público. De este modo queda un margen amplio para que los distintos gobiernos y las mayorías parlamentarias que los sustentan puedan aumentar el protagonismo económico del Estado y el tamaño del sector público.

Por último conviene aludir a los instrumentos de intervención que son los normales de la política económica. Los propiamente dichos están recogidos en el Título VII de la CE. Principalmente la empresa pública, el sistema tributario, el presupuesto y sobre todo la planificación. A ellos hay que añadir las medidas normales de política económica.

Deducimos la existencia de la empresa pública de la iniciativa económica pública recogida en el art. 128 de la CE. Las potestades del Estado para establecer y regular originariamente el sistema tributario se reconocen en el art. 133 de la CE. También el art. 134 de la norma suprema reconoce al presupuesto como instrumento de la política económica e íntimamente vinculado a la planificación cuando ésta existe. Por último, la planificación, en el caso de ponerse en práctica debe ser el instrumento de cierre del sistema puesto que su finalidad consiste no sólo en lograr el equilibrio, sino también estimular el crecimiento (arts. 131.1 de la CE). Por lo demás, es, sin duda, la planificación el instrumento más útil para lograr la solidaridad entre las nacionalidades y regiones (arts. 2 y 138 de nuestro texto constitucional).

II.d) El principio de unidad de la Economía Nacional y su manifestación en la unidad de mercado.

Si algo caracteriza al principio de la unidad de la Economía Nacional son sus rasgos abstractos y generales. No aparece explícitamente manifestado en la Norma Suprema sino que, su fundamento se encuentra en la unidad política (art. 2 de la CE) jurídica (art. 117 de la CE) económica y social de España (art. 149.1 y 13 de la CE). Su creación se debe a la jurisprudencia del TC que atribuye una competencia para el Estado o la Administración Central que no se reconoce en el art. 149 de la CE. El fin que se persigue es que el reparto de competencias económicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Sirvanos de ejemplo la Sentencia del TC 1/82 sobre las Cajas de Ahorro del País Vasco, la Sentencia del mismo órgano 152/88 sobre

vivienda, también en relación con la Comunidad Autónoma Vasca. En el mismo sentido la Sentencia 86/89 sobre la Ley de Ordenación del Seguro Privado o la Sentencia 97/83 que versa sobre la política general de precios. En estas resoluciones y en otras muchas se ha desarrollado la filosofía de integración entre la Economía del Estado en su conjunto y la Economía de las Comunidades Autónomas. De esta forma se ha creado la competencia de ordenación general de la Economía que ha permitido al Tribunal Constitucional acotar con cierta severidad las competencias económicas de las Comunidades Autónomas. En todas las resoluciones del Alto Tribunal se aprecia el fundamento del art. 139.2 de la CE como un mandato constitucional, aparentemente modesto y complementario, que garantiza la libre circulación de personas y bienes en todo el territorio nacional, expresando dicha garantía en forma de mandato negativo a las autoridades. Esto es un límite de actuación de las Comunidades Autónomas y los entes locales y que, en contrapartida existe un conjunto, el territorio español, en el que circulan los bienes de acuerdo con las reglas del proceso económico.

La importancia de lo previamente dicho es considerable pues implica que la organización económica prevalece sobre la organización territorial y que las decisiones macroeconómicas le siguen correspondiendo al Estado en su conjunto. Ello arrastra la actuación de los protagonistas económicos, públicos y privados, en todo el territorio nacional que sigue siendo una unidad económica respecto a la cual se proyectan y actúan los intereses en juego.

III. Los principios rectores de la política social y económica

Por normas materiales de la Constitución conviene entender aquellas mediante las cuales la Constitución crea Derecho, es decir, son como “*têtes de chapitre*” de todo el ordenamiento jurídico (P. ROSSI). Se trata de normas en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas que si permiten una larga permanencia del texto en el tiempo lo consiguen sólo a costa de mermar sus posibilidades de aplicación inmediata (F. RUBIO LLORENTE). Dentro de la clasificación que al efecto efectuara SCHEUNER se encuentran los principios fundamentales y los fines del Estado. Se trata de la presencia en la Constitución vigente de un gran número de preceptos que incorporan principios fundamentales del orden jurídico-político ó establecen finalidades concretas a la acción estatal. Sin ir más lejos el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, que recoge el artículo primero, es un claro ejemplo de esa positivación de principios fundamentales que, si no da lugar a derechos judicialmente exigibles, no tiene por ello menos importancia en cuanto que constituye una directriz básica para la interpretación de la Constitución, que en ningún caso puede el juez pasar por alto y cuyo carácter doctrinal dota de una elasticidad profunda a la Constitución cuyo contenido puede así irse adaptando al cambio histórico y social (F. RUBIO LLORENTE).

Un valor jurídico próximo al de los principios fundamentales tienen las normas que *asignan fines determinados* a la acción del Estado. Estamos ante lo que la doctrina ha llamado durante mucho tiempo, siguiendo una terminología que comienza con los Comentarios a la Constitución de Weimar, *normas programáticas* (P. LUCAS VERDU). Estos preceptos no originan inmediatamente obligaciones exigibles ante los Tribunales de

justicia, aunque también puedan resultar de ellos de forma mediata, *derechos sociales*, pero *sí imponen una obligación a todos los poderes públicos, sí los vinculan* (aunque del art. 53 de la CE se deduzca otra cosa) y *sobre todo obligan al juez a la hora de interpretar cualquier norma*. Estamos ante fines que la Constitución, en cuanto fundamento del Estado, asigna a éste, y, en consecuencia, toda norma o toda decisión que proceda de la voluntad estatal ha de ser entendida como aproximación a estos fines e interpretada en consecuencia. Entre estos preceptos teleológicos se encuentran la mayor parte de los contenidos en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución Española (entre los que se halla el art. 51 que se ocupa de la defensa de los consumidores y usuarios) calificados con acierto por el constituyente español *como principios rectores de la política social y económica* y que vienen a abundar en el desarrollo del contenido del art. 9.2 de la norma suprema que, en pro de la consagración de una igualdad material de los ciudadanos, se ha convertido en una de las piezas clave de toda la arquitectura constitucional.

Los principios rectores de la política social y económica disfrutan de una amplia regulación en nuestra Constitución: Se dedican a ello los arts. 39 a 52 y viene a dar contenido jurídico al axioma doctrinal de que “en todos los sistemas políticos del mundo mucho de política es economía y la mayor parte de la economía es también política” (LINDBLÖM).

Los derechos sociales (principios rectores en nuestro ordenamiento) vienen a dar respuesta a la crisis actual del Estado que es una crisis económica del capitalismo a nivel mundial, consecuencia de la internacionalización de la actividad económica y del mercado. Este, en cuanto procura el beneficio individual difícilmente puede generar por sí mismo el interés colectivo y en la gran querrela histórica entre capitalismo y socialismo hubo que crear un nuevo Estado que obedece al modelo del “Welfare State”, frente al Estado no intervencionista del primer liberalismo. Esto conlleva añadir a las clásicas funciones estatales *aquellas destinadas a crear las condiciones de vida que ni el individuo, ni los grupos pueden asegurar por sí mismos* y ello implica ciertas intervenciones del Estado en el orden y procesos económicos para conseguir la denominada “procura existencial” (M. GARCIA PELAYO).

Si trasladamos este esquema general al particular caso español observamos que existe un amplio catálogo de derechos sociales calificados por el constituyente como principios rectores... lo que ha originado que algún sector de la doctrina mantenga que nos hallamos ante “los no derechos fundamentales” (J. PEREZ ROYO).

Un conocimiento aproximado de los mismos obliga a pasarlos por el tamiz del art. 53.3 de la Constitución Española que dice al respecto: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan”.

Desde un planteamiento simplista de las garantías aquí recogidas se puede mantener que estos “derechos” no son directamente aplicables, que no son vinculantes y que su carácter es simplemente informador de las actuaciones de los distintos actores públicos: legislador, administración y jueces. Estaríamos ante simples normas programáticas que para poder ser defendidas ante los jueces y tribunales ordinarios requerirían un desarrollo

legal, puesto que su efectividad jurídica no nacería del texto constitucional. A partir de aquí la polémica está servida: Frente a quienes sostienen (F. GARRIDO FALLA) que no son verdaderos derechos, sino que son normas de acción cuya protección es de muy difícil instrumentación jurídica, se encuentran quienes reconocen el carácter de efectivas normas jurídicas a estos derechos sociales (E. GARCIA DE ENTERRIA) y no el de meras normas programáticas sin posibilidad de aplicación judicial. Sin tomar partido por ninguna de las distintas opiniones doctrinales sí queremos dejar constancia de que existen serias dificultades a la hora de establecer una protección constitucional de los derechos sociales, porque, entre otras cuestiones de especial relevancia hay que tener en cuenta las peculiaridades jurídicas de la norma constitucional (A. NIETO):

- 1) Algunos preceptos de la norma suprema no producen efectos jurídicos directos pero por eso no dejan de ser normas jurídicas constitucionales. Por ejemplo las que conforman la parte orgánica.
- 2) La Constitución en cuanto proyecto político de futuro es una norma jurídica peculiar en la que conviven elementos jurídicos y elementos sociales. Por ello el control del cumplimiento de la actuación de los poderes públicos no se llevará a cabo por medios jurídicos ordinarios, sino a través de instrumentos constitucionales, político constitucionales ó fácticos.
- 3) En sus intenciones de futuro la CE reconoció principios y valores (derechos sociales) que deben inspirar las actuaciones de los poderes públicos y entre ellos las de los jueces (cfr. el art. 53.3 antes transcrito). Este precepto, en términos literales significa que los jueces deben tenerlos en cuenta pero sin que lo aleguen las partes.
- 4) La Constitución es por naturaleza una norma de reenvíos . Esto significa que es la norma suprema por donde pasan todos los hilos del derecho siendo en gran medida una guía de conducta que permite al legislador y a los tribunales un progreso en el camino hacia la democracia social.

IV. Sobre las garantías de los derechos sociales

Aunque aparecieron brotes de la constitucionalización de los derechos sociales con carácter previo, se mantiene que antes de la Carta de Weimar de 1919 el tema puede ser tratado como la historia de un vacío. Fue, pues, en ese momento histórico cuando los derechos pasan de la esfera de la aspiración a la esfera de la obligación, configurándose el Estado social como superador de las contradicciones del Estado liberal. No obstante, será en el constitucionalismo surgido tras la Segunda Guerra Mundial cuando la extensión de la idea del Estado material de Derecho al orden del trabajo y de la economía cuaje en una serie de Constituciones, como son la italiana de 1947, la griega de 1975, la portuguesa de 1976 y la española de 1978.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿El Estado social – en cuanto continuidad, que no ruptura, con el Estado liberal – puede utilizar las estructuras garantistas existentes en el liberalismo de cara a la protección de los derechos sociales? No puede existir una respuesta

unívoca porque las aporías de los derechos sociales se hallan no sólo al relacionarlos con los derechos clásicos de libertad, sino también en el interior de los propios derechos sociales.

Para una mejor comprensión de los mismos, conviene aproximarse a su naturaleza jurídica. Al parecer, se trata de una ambigua figura empírica dotada de un particular contenido sociológico y económico que dificulta precisar su significado jurídico. Las normas constitucionales con un contenido social vienen a ampliar el inventario de los derechos fundamentales e implican la intervención de un Estado que no abandona a los individuos a su situación social, sino que acude en su ayuda mediante garantías. La delimitación de los ámbitos no estatales ha dejado de producirse automáticamente a la hora de participar en igualdad de oportunidades en las compensaciones sociales y en las instituciones políticas. Esa participación debe ser asegurada por el Estado. La bifronte estructura jurídica de estos derechos –posición subjetiva de ventaja y garantía objetiva de carácter institucional – conlleva el que las normas que los regulan se vean a veces reducidas a garantías institucionales o a meras directrices al legislador. Es su eficacia jurídica lo que se cuestiona.

Esto es así porque no puede ser igual la posición del ciudadano de un Estado abstencionista que en otro responsable y agente del proceso productivo y de las decisiones de política económica. En este Estado, la categoría de los derechos públicos subjetivos resulta insuficiente a la hora de entender el alcance actual de la teoría jurídico-política de los derechos fundamentales, que conduce también a cuestionar la actual eficacia de sus institutos de garantía. No puede olvidarse que los derechos sociales, en cuanto situaciones jurídicas de ventaja, suelen quedar reducidos para el ciudadano a meros intereses simples, lo cual implica que permanezcan sin la necesaria efectividad jurídica, contrastando su protección con la concepción actual de los derechos fundamentales como derecho inmediatamente vigente y aplicable (J.L. CASCAJO).

Quizá sea conveniente insistir en una propuesta de renovación dogmática a la hora de entender los derechos sociales desde una perspectiva estrictamente constitucional, ya que, aunque tradicionalmente estos derechos fundamentales se ejercitan frente al Estado *a parte debitoris*, su eficacia se despliega también frente a terceros particulares que pueden verse afectados por esa situación. De ahí las dificultades de introducir contenidos sociales en la esencia del Estado de Derecho. Han sido otras ramas de la vida jurídica (Derecho administrativo, Derecho del trabajo, Derecho de la economía) las que han permitido la entrada del Estado social en la teoría del Derecho público. Y esas partes del ordenamiento jurídico que presentan una dimensión social más acentuada son también las que adolecen de una mayor imperfección normativa, no determinando con precisión las condiciones en que deben ser aplicadas.

Cuando, desde la perspectiva del Estado social, los poderes del Estado, a través de la Administración, transformen esas obligaciones jurídicas en derechos subjetivos del individuo, se verán obligados a veces, ante la insuficiencia de formas jurídicas propias, a derivar hacia módulos jurídicos de Derecho privado, que vendrán a aumentar las dudas ante la caracterización e interpretación que debe darse a sus actos.

Hemos de constatar pues, que la mera incorporación de los derechos sociales al catálogo de los derechos fundamentales no produce una adecuada protección y cumplimiento

porque se trata de instituciones jurídicas lábiles, sensibles a los equilibrios políticos y económicos del sistema en su conjunto. De ahí la importancia de las formas de tutela de estos derechos que se dirigen al legislador y también al juez en la medida en que éste contribuya a configurar el Derecho.

Existen límites difícilmente superables a la hora de la protección jurisdiccional de estos derechos y se observa la falta de adecuación de los remedios jurisdiccionales clásicos para solventar de forma adecuada esas situaciones. Pero no por ello se deben dejar a un lado los posibles medios de tutela existentes. A saber: técnica del control de constitucionalidad, tutela judicial ordinaria e incluso el propio procedimiento administrativo.

Sin perjuicio del trato diferenciado que cada derecho social necesita, la justicia constitucional, en su aspecto material y procesal, ha sido útil a la hora de convertir en justiciables situaciones que por sí solas no serían susceptibles de tutela constitucional reforzada. La doble perspectiva, objetiva y subjetiva, de la función de la jurisdicción constitucional podrá propiciar una “política de derechos fundamentales sociales” dirigida al legislador y al intérprete. A pesar de lo cual, las omisiones del legislador no han podido ser fiscalizadas de forma operativa a través de la vía de la inconstitucionalidad, quizá por la inadecuación de las técnicas utilizadas, que han sido extraídas de otras ramas jurídicas, como el Derecho penal o el Derecho administrativo. No obstante, no debe ser olvidada la ardua tarea de adecuación entre la norma constitucional y el resto del ordenamiento llevada a cabo a través de las técnicas de la derogación e ilegitimidad constitucional. A lo cual hay que añadir también una práctica jurisprudencial de un “constitucionalismo cooperativo” en base a las sentencias manipulativas y aditivas que persiguen una correcta aplicación de los principios de igualdad y del Estado social.

Pero si este aspecto del ejercicio de los derechos sociales frente al Estado se resuelve con ciertas dificultades, más problemas representa la afirmación de la eficacia *erga omnes* de las libertades fundamentales. El tema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales ha tomado relevancia y se expresa fundamentalmente en la tendencia del juez ordinario a la utilización directa de la normativa constitucional dotada de operatividad inmediata para regular las relaciones entre particulares. No pudiéndose olvidar tampoco el procedimiento administrativo como lugar de equilibrado encuentro de intereses contrapuestos, en el caso de los derechos sociales que se concretan en prestaciones de los poderes públicos, y que dan lugar a intereses legítimos.

V. Comentarios al art. 51 de la Constitución Española de 1978

No existen en el constitucionalismo español precedentes de un derecho como el que se reconoce en el art. 51 de la CE. Tampoco es algo normal que las Constituciones del occidente europeo se ocupen de este tema. Únicamente vemos como el art. 110 de la Constitución Portuguesa de 1976 garantiza la protección de los consumidores.

La redacción actual y definitiva del art. 51 se debe a la Comisión Constitucional del Senado o Cámara Alta y su inclusión en el debate constituyente obedece a la tendencia generalizada, tanto a nivel nacional como internacional, a partir de los años sesenta, de la

necesidad de declaraciones y normas legales que consigan una adecuada defensa de los consumidores. Además, su redacción final se debe a la enmienda defendida por la Senadora Dra. BEGUE CANTON ya que el art. 47, proveniente del Congreso de los Diputados no establecía principios, sólo manifestaciones concretas de la protección de los consumidores. La crítica suscitada dio lugar a la redacción definitiva del actual art. 51 de la CE en sintonía con los arts. 1.1 de la CE (España se constituye en un Estado social y Democrático de Derecho) y 9.2. de la CE (principio de igualdad material de los ciudadanos ante la ley).

Los dos primeros apartados del art. 51 se inspiran en la Resolución del Consejo de la C.E.E. de 14 de abril de 1975 que enumera los siguientes derechos fundamentales del consumidor:

- 1) Derecho a la protección de su salud y de su seguridad.
- 2) Derecho a la protección de sus intereses económicos.
- 3) Derecho a la representación o a ser oído.

En esta enumeración nos encontramos verdaderos derechos junto a los instrumentos necesarios para su realización. Pero, si trasladamos este esquema al art. 51 de nuestra norma suprema observamos que los “verdaderos derechos” aparecen en el párrafo primero del citado precepto, mientras que en el párrafo segundo aparecen los de carácter instrumental. Y no se alude al derecho a la separación de los daños que, pensamos, va implícito en los demás, ya que sin él quedarían privados de contenido el resto de los derechos y carente de significado alguno la alusión a “procedimientos eficaces”.

Respecto al párrafo tercero la doctrina se ha pronunciado sobre su carácter innecesario pues, contiene un mandato al legislador (RUBIO LLORENTE) cuya obligatoriedad a la hora de su cumplimiento carece de mecanismos eficaces de control.

Ascendiendo del marco particular al más general de la doctrina autorizada (C. OFFE) se pone especial énfasis también en las dificultades que conlleva una identificación técnico jurídica de la definición de consumidor. Así, se alude a dos tipos de dificultades:

- 1) Los intereses de los consumidores serán debilitados en proporción al interés prevaleciente de patronos y fabricantes en mantener empleos y beneficios respectivamente.
- 2) Los consumidores no constituyen un complejo de individuos claramente delimitable y organizable por los problemas que su heterogeneidad social, técnica y temporal conlleva.

Por eso hay que superar declaraciones pragmáticas y pasar por encima de discusiones terminológicas en pro de una normativa sustancial que dote de eficacia a la protección de los consumidores.

En relación a lo previamente señalado se deben resaltar los abundantes comentarios que tanto mercantilistas como administrativistas han dispensado al art. 51 de la CE. Se ha dicho que es un precepto constitucional abierto, que contiene un principio informador del sistema económico corrector de la función reguladora del mercado y condicionante del ejercicio de la libertad de empresa (A. MENENDEZ). Sería pues, otro ejemplo más de las frecuentes normas constitucionales sobre ordenación de la economía. También se ha escrito que estamos ante un nuevo principio general del Derecho (el de protección a los

consumidores) al que hay que atribuir las consecuencias que necesariamente se derivan de tal condición, conforme dispone el Título Preliminar del Código Civil. Ante la desigualdad real que sufren los participantes en el tráfico económico se reconocen una serie de derechos fundamentales e instrumentales de los consumidores (A. BERCOVITZ).

Incluso se ha llegado a defender su valor interpretativo y su eficacia habilitadora que permite a los poderes públicos la interferencia en el mercado, en defensa de un conjunto de intereses colectivos y difusos (J.I. FONT), propiciando una legislación administrativa que atempera los principios clásicos de la legislación civil. Pero, esta norma en la que se reconocen unos derechos y se fijan unos mandatos no debe ser entendida como una norma competencial (J. SALAS). La doctrina más avanzada ha destacado, al hilo de los dictados de la Jurisprudencia Constitucional, la indeterminación y el reparto confuso de competencias en esta materia difícilmente deslindable de otras materias complementarias. Tampoco olvida la doctrina resaltar la conexión material del art. 51 de la CE con el principio de uniformidad de las condiciones de vida, reconocido constitucionalmente, ni con el postulado de la calidad de vida entendido como valor jurídico (J.M. BAÑO).

Es frecuente también aludir al alcance limitado de las políticas de consumo cuantificadas como costes no salariales del proceso productivo ante los condicionamientos económicos que representaban una serie de factores exógenos y muy determinantes de la relación de consumo. Pero esto no permite entender el art. 51 como una norma de difícil cumplimiento, ya que ello no le *impide operar como fundamento básico de un grupo normativo que permite una interpretación sustancial del orden económico plasmado en la Constitución*.

Trascendiendo la glosa doctrinal se debe comprender el fundamento constitucional del Derecho del Consumo, como un principio que condiciona y limita las exigencias políticas y legislativas que se desprenden del modelo constitucional de economía de mercado. El art. 51 en cuestión no puede ser entendido como última norma de referencia a la que remite todo un conjunto yuxtapuesto de disposiciones que son fruto de la discrecionalidad administrativa. Un entendimiento adecuado del principio de legalidad exige la habilitación necesaria para respaldar las actuaciones de la Administración y la elaboración de una política legislativa apoyada en las mayorías parlamentarias que dé rumbo fijo al fenómeno del consumo conforme a las pautas y los valores constitucionales. Sólo de este modo se podría fundamentar la inconstitucionalidad de toda norma que infrinja el contenido del art. 51. El bloque normativo que se vertebra partiendo del citado precepto, encuentra además explícito apoyo constitucional en la cláusula del Estado Social de Derecho (art. 1.1 de la CE) y en el principio de igualdad material al que obligatoriamente deben tender todas las actuaciones de los poderes públicos (art. 9.2 de la CE) (S. BARILE y otros).

Con todo, hay que resaltar que la incorporación de la defensa de los consumidores y usuarios al elenco de los principios rectores de la política social y económica – derechos sociales – no produce, necesariamente, el efecto de conseguir su adecuada protección y la plenitud de su ejercicio.

VI. Garantías constitucionales del Derecho del Consumo

Sin perjuicio de la protección dispensada por la legislación ordinaria (penal, civil, mercantil, contencioso-administrativa...) la tutela constitucional del derecho del consumo y de aquellos otros derechos que inciden en el art. 51 de la CE, es preciso enmarcarla en el art. 53.3 de la CE. De la mala redacción de este precepto (que transcribimos anteriormente) deducimos que:

- 1) En caso de reforma la protección otorgada por la Constitución es el procedimiento ordinario regulado en el art. 167 de la norma suprema.
- 2) El desarrollo de este derecho no se incluye en las materias reservadas a la ley orgánica (art. 81.1 de la CE). Dicho desarrollo, que es potestativo, en caso de llevarse a efecto, se hará mediante una ley ordinaria que sí incurre en violación del contenido constitucionalmente reconocido al citado precepto podrá ser recurrida en inconstitucionalidad por las vías y procesos correspondientes ante el Tribunal Constitucional.
- 3) Este derecho al no estar incluido en el núcleo duro de los derechos fundamentales de nuestra Constitución carece de la protección extraordinaria tanto del recurso de amparo ordinario como del recurso de amparo constitucional.
- 4) Pero ese desarrollo potestativo por ley ordinaria permite su protección en la vía jurisdiccional ordinaria, obligando a los tribunales y a los poderes públicos a que lo tengan en cuenta en sus actuaciones, pues, no en vano, nos hallamos ante un principio general de nuestro derecho. Y, en consecuencia, las normas particularizadas de protección al consumidor, existentes con anterioridad a la Constitución de 1978, cobran ahora un nuevo valor porque, deben ser interpretadas de acuerdo al principio de protección de los consumidores y usuarios y además, frente a ellas cabe la posibilidad de su declaración de inconstitucionalidad a través de la Cuestión de Inconstitucionalidad que regula el art. 163 de la CE.

Vienen al caso las palabras escritas por ZAGREBELSKY que señalaba al respecto:

“aunque existe una diferencia incontestable entre los derechos sociales y las restantes categorías de derechos, la experiencia acumulada en los años siguientes a su constitucionalización ha demostrado claramente que los derechos sociales no tienen exclusivamente un valor político o ideológico sino también jurídico, en cuanto criterio de interpretación del sistema y cláusulas generales y en cuanto normas que determinan la inconstitucionalidad de aquellas leyes que claramente se oponen a éstas. Pero más allá de estos efectos pueden valer también como verdaderos derechos”.

Si esto es predicable con carácter general de los derechos sociales veamos cual puede ser la eficacia particular del “derecho del consumo” en el marco de los principios rectores de la política social y económica en nuestra Constitución de 1978:

1) Frente al legislador que debe concretar el Estado Social (Arts. 1.1, 9.2 y 14 de la CE) permite declarar inconstitucional cualquier norma de desarrollo de su contenido que atente contra el postulado del Estado Social. Esto nos lleva al problema planteado por HESSE en torno a la “irreversibilidad de las conquistas sociales” ¿es constitucionalmente legítimo que los poderes públicos recorten algunas de las conquistas sociales? Doctrina, por lo demás, inviable en época de crisis económica y que obliga a distinguir el núcleo esencial de las regulaciones sociales ya configuradas y los componentes suplementarios.

También es problemático el control de las omisiones del legislador, pues no hay técnicas operativas para obligar al legislador a actuar (principio de separación de poderes) y suplantarle en su tarea por vía jurisprudencial se contradice con un sistema de primacía del legislativo, aunque al lado se incluya un control de constitucionalidad de las leyes. En nuestro ordenamiento sólo existen vías indirectas de control:

- a) El Defensor del Pueblo (art. 54 de la CE).
- b) El ejercicio del derecho de petición (art. 29 de la CE).
- c) La iniciativa legislativa popular (art. 87.3 de la CE).

2) Frente a Jueces y Tribunales (arts. 9.1 y 117.1 de la CE). Según el art. 53.3 de la CE los jueces y tribunales deben en base al “principio de interpretación conforme” interpretar todo el ordenamiento de acuerdo a los postulados constitucionales. Así la legalidad ordinaria debe ser reinterpretada a la luz de los preceptos constitucionales (arts. 5.1, de la L.O.P.J. y 40.2 de la L.O.T.C.) y si la interpretación no es posible deben plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el T.C. (art. 163 C.E. y 53 LOPJ) si la norma es de rango legal y si su rango es reglamentario deberán inaplicarla (art. 6 LOPJ).

3) Frente al Ejecutivo. Los principios rectores son “fines del Estado” y por ello normas materiales de la Constitución (SCHEUNER). Al Gobierno y a la Administración (art. 97 de la CE) les corresponde la dirección política y la puesta en práctica de esos principios rectores. La responsabilidad fundamental es del legislador, pero el gobierno está habilitado a tal fin para poner en marcha la iniciativa legislativa (art. 87.1 CE). Además (art. 134.1 de la CE), elabora y presenta los Presupuestos Generales del Estado en las Cortes y las leyes presupuestarias destacan en su papel de puesta en marcha de esos derechos sociales. También la Administración intervencionista y prestacional ha de mantener el funcionamiento de los servicios públicos. Pero ésta solo está sometida al principio de legalidad (art. 103.1 de la CE). El carácter técnico de la legislación del Estado asistencial hace más difícil su control, pues quien lleva a la práctica – aplica – esas disposiciones es la Administración. ¿Cómo puede un juez controlar si esa solución técnica responde al interés general o al interés público? Dada la dificultad que encierra la concreción de estos conceptos jurídicos indeterminados, los controles judiciales no son los más eficaces y quizás haya que pensar en otros sistemas de control.

Finalmente, los bienes jurídicos protegidos en el art. 51 de la CE tienen un reforzamiento colateral en la garantía de los derechos a la vida e integridad física (art. 15 de la CE), a la salud (art. 43 de la CE), al derecho de propiedad (art. 33 de la CE), el derecho al medio ambiente (art. 45 de la CE), el derecho a una vivienda digna (art. 47 de la CE) y en las organizaciones de consumidores en el marco del derecho de asociación (arts. 22 y 52 de la CE).

De un análisis conjunto de todos ellos se desprende la obligación de todos los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios a través de la vigilancia del tráfico de tal manera que queden protegidos la seguridad, la salud, los intereses económicos. Ello implica facilitar y promover las asociaciones de consumidores y usuarios – que en cuanto contrapoder – defiendan los intereses particulares en el marco de un Estado interventor que tiende a invadir todos los ámbitos de la sociedad.

Addenda

Para un correcto entendimiento del desarrollo normativo y jurisprudencial del artículo 51 de la Constitución Española, *transcrito en el planteamiento del tema del presente trabajo*, deben confrontarse las siguientes disposiciones y resoluciones:

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 15/1989, de 26 de enero (BOE núm. 43, de 20 de febrero), que estima parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley; también la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1982 (Sala III); modificada dicha Ley 26/1984 por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994); Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (BOE 283, de 26 de noviembre de 1991); Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente (BOE núm. 133, de 4 de junio de 1994), el Real Decreto 951/1997, de 20 de junio, de desarrollo (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997), Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1995; corrección de errores en BOE núm. 113, de 12 de mayo), y la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE núm. 167, de 14 de junio de 1998). También la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999). La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996), modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999), y la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la anterior (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Repertorio bibliográfico

AA.VV., *Derecho y economía en el Estado Social*, Madrid, Tecnos, 1988.

AA.VV., *El Estado Social*, Madrid, C.E.C., 1986.

AA.VV., *Estudios sobre el derecho del consumo*, Bilbao, Iberdrola, 1991.

AA.VV., La reforma del estado asistencial, *Cuadernos y debates*, nº 2, Madrid, C.E.C., 1987.

- ALEXU, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, C.E.C., 1989.
- ALEXU, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, C.E.C, 1993.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución Española de 1978: Comentario sistemático*, Madrid, Ed. Del Foro, 1978.
- ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- ARAGÓN REYES, M., *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil”, en T. R. Fernandez (ed.), *Lecturas sobre la Constitución Española*, Madrid, UNED, 1978, vol. II.
- BERMEJO VERA, J., “Aspectos jurídicos de la protección de los consumidores”, *Revista de Administración Pública*, nº 87, 1978.
- BILBAO UBILLOS, J.M., *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, C.E.C., 1988.
- CAZORLA PRIETO, L.M., *Comentario al art. 51 de la CE*, Madrid, Civitas, 1985.
- COSSIO DIAZ, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, C.E.C., 1989.
- DAHRENDORF, R., *El conflicto social moderno*, Madrid, Mondadori, 1990.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, J.J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998.
- FONT, J.I., “Notas sobre el modelo económico de la CE de 1978”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 52, Madrid, 1979.
- GALÁN CORONA, E., Prólogo a la edición española de N. Reich, *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985.
- GARCIA COTARELO, R., *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, Madrid, C.E.C., 1986.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

- GARCIA PELAYO, M., “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en el vol. col. *Estudios sobre la CE de 1978*, Zaragoza, Ed. Pórtico, 1979.
- GARCIA PELAYO, M., *Escritos políticos y sociales*, Madrid, C.E.C., 1989.
- GARRIDO FALLA, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980.
- HÄBERLE, P., *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.
- HABERMAS, J., *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991.
- HABERMAS, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Tecnos, 1983.
- HABERMAS, J., *La constelación posnacional*, Paidós, 2000.
- HARRIS, D., *La justificación del Estado del Bienestar*, Madrid, IEF, 1990.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, C.E.C., 1983.
- KRIELE, M., *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- LARENZ, K., *Derecho justo*, Madrid, Civitas, 1985.
- LUCAS VERDU, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar*, Madrid, Tecnos, 1987.
- MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la Economía*, Madrid, CEURA, 1985.
- MARTÍN MATEO, R., “La calidad de vida como valor jurídico”, *RAP*, nº 117, 1988.
- MELLENDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, Madrid, UAM, 1982.
- OFFE, C., *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza, 1990.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Pons, 2000.
- QUINTELA, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la CE de 1978*, I.N. del Consumo, 1986.
- RUIZ RICO, J.J., “Art. 51. Defensa de los consumidores y usuarios”, en Oscar Alzaga (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Madrid, Edersa, 1984, tomo IV.
- SALAS, J., “Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes territoriales”, *RAP*, nº 119, 1989.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Los Ayuntamientos y la defensa de los usuarios y consumidores ante las compañías de servicios”, *REAL y A*, nº 246, 1990.
- VEGA GARCIA, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Temas Clave de la CE, Madrid, Tecnos, 1985.
- VEGA GARCIA, P. de, *Mundialización y derecho constitucional: Para una palingenesia de la realidad constitucional*. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, vol II.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1995.

A ÁGUA E A GESTÃO DESCENTRALIZADA

*Bernard Drobenko**

SUMÁRIO: I – A exigência de uma estratégia global. 1 A afirmação de objetivos comuns. 1.1 No plano global. 1.2 No plano regional. 2 A instauração de uma verdadeira capacidade de intervenção. 2.1 O quadro institucional. 2.2 Os instrumentos. II – A pertinência de uma administração localizada da água. 1 Uma descentralização territorializada. 1.1 Um quadro geográfico pertinente. 1.2 Um processo democrático aprofundado. 2 A efetividade das condições de realização. 2.1 Os instrumentos de gestão. 2.2 Os instrumentos locais de regulamentação. III – Conclusão.

Tendo em mente as funções da água e a sua necessidade, não se pode considerá-la como um bem corrente, tal como se fosse um produto industrializado, por exemplo.

Trata-se, com efeito, de um recurso natural cujo impacto sobre o conjunto dos elementos da vida impõe uma tripla abordagem, parecendo cada um desses elementos inseparável dos demais. De fato, a água é:

- um bem social, porque deve responder às necessidades fundamentais dos seres vivos em geral e do homem em particular;
- um bem ambiental, porque é indispensável aos ecossistemas e hidrossistemas devido ao seu papel equilibrador;
- um bem sujeito a interesses econômicos, devido às necessidades para várias atividades humanas com finalidades econômicas.

Hoje a água é o alvo de considerações quantitativas e qualitativas, que se traduzem também em termos de riscos, notadamente nos riscos de seca e de inundações.

Qualquer que seja a abordagem, essas questões e esses interesses aparecem tanto no âmbito planetário (ex.: o impacto das mudanças climáticas, desertificação, deflorestação, demografia) como no âmbito local (condições de vida dos seres vivos e dos ecossistemas). O último relatório publicado pelo PNUMA¹ exprime nitidamente a situação nesse aspecto, e outras publicações confirmam essa constatação, tanto no plano mundial² como no plano local³.

Dois aspectos caracterizam essas análises, indicando a urgência das medidas que devem ser tomadas. Com efeito, 2,7 bilhões de pessoas não têm acesso ao saneamento e 1,5 bilhão de seres humanos não dispõe de água potável.

A água torna-se uma questão de sobrevivência para numerosos povos, e está na origem de numerosos conflitos (no Oriente Médio, por exemplo). Em verdade não há nenhum continente que não se encontre confrontado a um problema relativo à água.

* Bernard Drobenko é professor de Direito Público da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges – França.

¹ PNUMA. *Relatório GEO3 Global Environnement Outlook*, com desenvolvimentos sobre a escassez dos recursos de água e a sua degradação. Maio de 2002.

² FNUAP. *O estado da população mundial 2001*. Relatório 2001.

³ IFEN. *L'état de l'environnement en France-2002*. La découverte 2002.

A Conferência do Rio, de 1992, contribuiu para o reforço do direito ambiental em geral e do direito da água em particular. Numerosos capítulos da Agenda 21 tratam da água⁴, e desde essa conferência, muitos textos foram adotados. Entre as contribuições mais significativas, há que realçar a Convenção de Helsinque e o seu protocolo de Londres⁵, a Convenção de Nova York⁶, mas também numerosas declarações e convenções regionais e locais⁷.

Esses textos mostram que a capacidade dos seres humanos de resolver os problemas colocados pela água resulta da capacidade de tomar as decisões convenientes. Assim, uma das questões centrais atuais é a do poder. Em que nível e como é que ele se exerce? Hoje a questão coloca-se com o conceito de governança.

O interesse da questão do poder em matéria de água é que impõe repensar a maioria dos esquemas de organização institucional ou administrativa.

É hoje admitido que a abordagem por bacia hidrográfica constitui o método mais pertinente. Por outro lado, há que notar que, em matéria de ambiente, o solo, a paisagem, o ar, os espaços naturais impõem freqüentemente ultrapassar as estruturas administrativas clássicas.

De fato, uma abordagem administrativa tal como sugerida pelo título do presente assunto, “A água e a gestão descentralizada”, não permite responder aos problemas reais da gestão hídrica. No entanto, o assunto impõe a interrogação sobre a capacidade de as sociedades estabelecerem estruturas adaptadas a uma gestão duradoura da água. A Conferência do Rio, de 1992, assentou os objetivos; a Conferência de Johannesburgo deveria assentar as condições da efetivação dessas ambições. Aparece claramente, devido aos interesses ligados à água, que não é possível desenvolver uma abordagem descentralizada desse bem ambiental sem a determinação prévia de um quadro de referência. Nesse aspecto, a administração e a gestão da água conduzem à exigência da definição de uma estratégia global que, realizada de acordo com o princípio de subsidiariedade, deve conduzir a uma administração localizada.

I – A exigência de uma estratégia global

Devido aos interesses estratégicos, geográficos e geopolíticos, humanos e ambientais que representa a água, parece necessário que os Estados apliquem uma política global em relação aos recursos hídricos. Com efeito, o desejo é de satisfazer tanto as ambições quantitativas e qualitativas como o objetivo geral que a água representa para a humanidade.

⁴ Diretamente os capítulos 17, 18 e 21; mas também os capítulos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 e 14.

⁵ Convenção de Helsinque, de 17 de março de 1992, sobre a proteção e a utilização dos rios transfronteiriços e dos lagos internacionais. *Recueil francophone des traités et textes internationaux en droit de l'environnement*. Bruylant: Aupelf-Uref, 1998. p. 674. Protocolo adicional de 1998, publicado em 18 de junho de 1999.

⁶ Convenção sobre o direito relativo à utilização dos rios internacionais fora dos casos de navegação, publicação referida na nota 5, p. 629.

⁷ Por exemplo: a Declaração de Madeira sobre a gestão duradoura dos recursos de água, de abril 1999; a Carta europeia dos recursos em água, do Conselho da Europa, de 17 de outubro 2001; a Declaração de Limoges II, nas recomendações da reunião mundial dos juristas e associações de direito do ambiente; a Carta RIO + 10 CIDCE, 9 e 10 de novembro 2001, publicação CIDCE, 2002.

Por si, se existem certas evoluções desde a Conferência do Rio, há que se admitir que é necessário ultrapassá-las, devido às perspectivas (ver o relatório do FNUAP já referido).

Desde logo, aparece que essa estratégia global baseia-se na aplicação de objetivos comuns e sobre a instauração de uma verdadeira capacidade de intervenção.

1 A afirmação de objetivos comuns

Qualquer estratégia, decisão ou ação na esfera da água deve necessariamente inscrever-se no quadro do direito internacional do ambiente, tal como desenvolvido desde o Rio de Janeiro, em 1992. O desenvolvimento sustentável e os princípios que dele resultam constituem bem o quadro teórico de referência. Esse quadro deve considerar as especificidades dos recursos e dos meios aquáticos ao tratar questões centrais, como o estatuto da água e a sua apropriação. Para além desses aspectos, também cabe afirmar e assegurar a preservação dos recursos e a possibilidade, para os seres humanos e os ecossistemas, de se beneficiarem de uma quantidade e de uma qualidade de água suficientes para as necessidades fundamentais, a perspectiva do direito à água e da solidariedade na esfera hídrica é assim estabelecida. Por isso, além do reforço do quadro jurídico, o direito à água impõe a afirmação de garantias.

É à luz das evoluções posteriores à Conferência de Rio que o quadro jurídico de intervenção pode evoluir de maneira significativa. Com efeito, pode-se observar que as contribuições as mais significativas resultam tanto do nível global como local.

1.1 No plano local, a Convenção de Nova York permite, pela primeira vez e após mais de vinte anos de negociações:

- estabelecer o princípio da prevenção como fundamento da gestão dos recursos repartidos;
- estabelecer o princípio de um uso justo e razoável dos recursos, sem afirmar que a água é um património comum;
- respeitar o princípio do poluidor-pagador, com, todavia, uma aplicação relativa, sendo exigida, em caso de poluição, uma negociação prévia;
- instaurar um mecanismo de informação recíproca entre os Estados envolvidos.

O texto realiza uma primeira melhoria, mas suas contribuições devem ser enriquecidas, para responder aos desafios da gestão da água. Uma abordagem mais global, integrando o conjunto dos meios aquáticos, e mais exigente em relação aos objetivos e às obrigações das partes poderia ser desenvolvida; a declaração de Limoges II, de novembro de 2001, permite a identificação de orientações possíveis...

1.2 No plano regional, numerosas Convenções regionais foram adotadas para implementar o quadro internacional ou para responder às preocupações regionais específicas.

O exemplo europeu apresenta textos sem caráter normativo, mas constitui um quadro de referência. No âmbito do Conselho da Europa foi aprovada em outubro de 2001 uma nova Carta Europeia da Água, como também a declaração da Madeira. Esses textos constituem um verdadeiro quadro de referência para uma gestão duradoura da água. Mas fora desse quadro geográfico (na América Latina e na África a produção normativa regional também foi desenvolvida) vários textos de caráter jurídico-normativo foram adotados, notadamente:

- a Convenção de Helsinki, aprovada em 1992, com o seu protocolo adicional de 1998. Esse último texto é uma verdadeira inovação tanto pelo reconhecimento do carácter social e ambiental da água, como pelo nível das exigências que instaura.
- A bacia mediterrânea é alvo de uma abordagem cada vez mais integrada com a Convenção de Barcelona de 1976 e os vários protocolos adicionais que enriqueceram o procedimento de gestão global.
- A União Europeia preocupou-se desde o primeiro programa para o ambiente, em 1973⁸, com a questão das águas, tanto de um ponto de vista quantitativo como qualitativo. No âmbito do 5º programa⁹, um procedimento de ação integrada foi desenvolvido no âmbito da água. Para além da modificação de diretivas setoriais (águas para consumo humano, águas superficiais), é a adoção da diretiva-quadro¹⁰ que constitui a etapa maior. São elementos característicos do texto:
 - ◆ a afirmação em preâmbulo que a água não é um bem de mercado como os outros;
 - ◆ a exigência de uma gestão da água e dos meios aquáticos por bacias hidrográficas, tanto no plano interno como no plano internacional;
 - ◆ o reforço da abordagem económica, pela consideração dos custos reais gerados pela gestão da água;
 - ◆ a realização de objetivos de qualidade;
 - ◆ a afirmação do princípio do poluidor-pagador;
 - ◆ o reforço da informação e da democracia.

No fim de um calendário evolutivo de 5, 10, 15, 25 anos, a União Europeia vai assim harmonizar a gestão da água no seu território.

De um ponto de vista geral, há que constatar que os objetivos comuns devem ser reforçados tanto na sua vertente quantitativa como na sua vertente qualitativa. A sociedade internacional deve estabelecer essa estratégia comum, especialmente pela definição de objetivos claramente identificados. Nesse aspecto, uma verdadeira convenção-quadro no âmbito da água poderia ser proposta em Johannesburgo para um progresso significativo desse direito com:

- o reconhecimento dos direitos fundamentais no direito da água: o direito à água e ao saneamento;
- a afirmação de princípios de gestão para o conjunto dos meios aquáticos.

Essa evolução permitiria a determinação das condições locais de gestão da água, mas é necessário, para tal, que os Estados instaurem uma verdadeira capacidade de intervenção.

⁸ Primeiro programa europeu do ambiente, adotado dia 22 de novembro de 1973. JOCE n. C 112, de 20 de dezembro de 1973.

⁹ 5º programa europeu, adotado em 1992, intitulado “Em direcção de um desenvolvimento sustentável”, revisto em 1998; JOCE n. 138, de 17 de maio de 1993.

¹⁰ Diretiva 2000/60, de 20 de outubro 2000, estabelecendo um quadro para uma política comunitária no domínio da água; JOCE L324, de 22 de dezembro de 2000. Comentário de DROBENKO, B. Directive eau: un cadre en trompe l’œil. *REDE*, 04/2000, p. 381, mar. 2001.

2 A instauração de uma verdadeira capacidade de intervenção

Não pode haver estratégia global sem a instauração, em nível internacional, de uma verdadeira capacidade de intervenção das autoridades públicas. A descentralização da gestão da água será mais eficaz inscrevendo-se e apoiando-se sobre um esquema mais global.

O objetivo é considerar a realidade dos ecossistemas aquáticos e, depois, dar aos diversos intervenientes, nesse quadro geográfico, os meios de responder aos desafios quantitativos, qualitativos e à gestão dos riscos resultantes da água. Nesse aspecto, e dentro dos elementos determinantes, existem duas figuras particulares: o quadro institucional e os instrumentos de gestão.

2.1 O quadro institucional

O quadro institucional supranacional da administração e da gestão da água impõe a instauração, sob a égide da ONU, de uma autoridade mundial.

Trata-se, na globalidade:

- de dar ao nível global as respostas aos desafios mundiais que representa a água e definir os objetivos precisos;
- assegurar as modalidades de regulação dos conflitos e estabelecer a estratégia adequada aos objetivos definidos;
- formar e informar o conjunto dos agentes dos desafios e das perspectivas;
- dotar a sociedade internacional dos meios da solidariedade no domínio da água.

Tanto pode ser criada uma instituição especializada como podem ser dados ao PNUMA as competências e os meios de intervenção.

Essa autoridade mundial seria apoiada por autoridades regionais, entrelaçando as ações estatais e locais. Qualquer que seja o nível considerado, o processo participativo seria aplicado para chegar à participação de todos os agentes nas decisões no âmbito da água, e para recensear as práticas sustentáveis (nomeadamente autóctones), ao valorizá-las e promover uma verdadeira negociação ambiental.

2.2 Os instrumentos

Essa abordagem global implica:

- o reforço da cooperação, com duas modalidades:
 - ◆ do ponto de vista dos métodos de gestão – Nesse âmbito, os intercâmbios entre Estados (desenvolvidos e em via de desenvolvimento) poderiam ser verdadeiramente recíprocos. A tecnologia de certos países poderia ser complementada pelo saber cultural e tradicional de outros países;
 - ◆ do ponto de vista financeiro – A criação de um fundo mundial da água poderia ajudar os países do planeta a fornecer água potável e um serviço de saneamento aos seres humanos, mas também a gerir os serviços;

- o reforço das sanções internacionais, com duas vertentes:
 - ◆ pela criação de um verdadeiro tribunal da água, com o reforço da capacidade de intervenção da câmara ambiental da CIJ ou com a criação de um tribunal internacional da água. Esse dispositivo jurisdicional central poderia ser complementado por tribunais regionais (p. ex., o TJCE para a União Européia);
 - ◆ pela criação de uma capacidade coercitiva no plano internacional. Para além das decisões jurisdicionais de regulação dos conflitos, a sociedade internacional deve estar apta para adotar medidas coercitivas adequadas para permitir a aplicação dos princípios e das regras estabelecidos na esfera da água. Para tal, parece conveniente a instauração de uma câmara ambiental no Tribunal Penal Internacional.

O conjunto deve assegurar, de um lado, o respeito dos direitos fundamentais e, de outro, uma aplicação efetiva do princípio do poluidor-pagador, tanto no plano internacional como local.

O contencioso do direito internacional público ambiental ainda é bastante ineficaz, apesar da existência de uma câmara ambiental na CIJ. Todavia há que realçar que foi um acórdão relativo à gestão da água que permitiu a essa Corte afirmar a importância dos princípios fundamentais reconhecidos no Rio em 1992¹¹. No entanto, no plano regional, as estruturas vigentes permitem uma efetividade reforçada do direito regional da água. Assim, o TJCE condenou vários Estados por insuficiência de aplicação das diretivas e por ineficácia das disposições vigentes no âmbito da água¹².

Para além da melhoria do direito em si, a sua efetividade é que é o alvo dessas necessárias evoluções.

O estabelecimento de uma estratégia global com meios adequados deve contribuir para a determinação do quadro de referência e conduzir, no quadro de uma descentralização coerente, à pertinência de uma administração localizada.

II – A pertinência de uma administração localizada da água

Se o direito da água e o uso dos recursos impõem uma abordagem global, é no plano local que a administração e a gestão da água devem ser estabelecidas, porque é nesse nível que os conflitos se encontram exacerbados, que os desafios devem logo ser cumpridos.

Nesse aspecto, a evocação de um poder local só faz sentido se a realidade dos ecossistemas é considerada; isto é, uma abordagem transversal da gestão da água.

Para tal, é necessária uma tendência para a descentralização territorial com um desenvolvimento das condições de realização dos objetivos fixados; trata-se de efetivar o direito à água.

¹¹ TIJ, 25 de setembro de 1997, no caso relativo ao projeto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslováquia).

¹² *A Revue Européenne de Droit de l'Environnement (REDE)* trata, nos seus vários números, das diversas intervenções do TIJ na matéria.

1 Uma descentralização territorializada

Cada vez mais, os direitos internacionais e regionais (notadamente no caso da União Européia) chegam a afirmar a necessidade de uma gestão por bacia ou sub-bacia hidrográfica, associando no quadro de uma consulta alargada o conjunto dos agentes.

A perspectiva de realização desse objetivo no plano local deve conduzir à definição do quadro territorial de intervenção. No entanto, uma gestão descentralizada da água, no quadro de uma governança coerente, e pela aplicação do princípio de participação, impõe a identificação das condições de intervenção do procedimento participativo. Dois elementos determinam essa descentralização territorializada e participativa: a identificação de um quadro geográfico pertinente e uma prática democrática.

1.1 Um quadro geográfico pertinente

As bacias e as sub-bacias hidrográficas determinam a capacidade de os agentes locais atuarem de maneira apropriada no domínio da água. Desde a Convenção de Nova York até às gestões locais, é uma abordagem global que parece ser conveniente; no entanto, essa implica um conjunto de efeitos significativos sobre as organizações políticas e administrativas.

No âmbito de uma gestão sustentável, o conceito de bacia e de sub-bacia hidrográfica deve permitir:

- Ultrapassar o quadro das fronteiras (internas e externas) pela abordagem transnacional, ou até transadministrativa – O direito à água deve, dessa forma, conduzir os Estados ribeirinhos de um rio, de uma nascente de água ou de um ecossistema aquático a iniciar um processo de cooperação, no intuito de resolver o conjunto das questões relativas à água. Nos termos da diretiva comunitária, podem assim aparecer ecorregiões aquáticas. Tal pode ser um início de solução para a maioria dos conflitos regionais, sendo óbvio que existe uma geoestratégia da água.
- Ultrapassar as organizações administrativas clássicas no sentido de cada um dos Estados – Os Estados federais vão assim acabar por incentivar a cooperação dos estados federados às vezes concorrentes, inclusive os que se encontram à volta de uma mesma bacia vertente. Mas Estados unitários, com uma organização administrativa descentralizada devem também promover cooperações de bacias ou sub-bacias que ultrapassam as organizações administrativas clássicas.

Assim, não só a Alemanha com os seus *Landers* e a França com as suas comunas ou os seus agrupamentos, mas também os departamentos e as regiões adotaram a gestão da água por bacias. Essas adaptações geográficas localizadas revelam todavia certas dificuldades. Por exemplo, em França, se os poderes públicos conseguiram a imposição de uma política ao nível das bacias com os planos diretores de ordenação e de gestão da água (*Schémas directeurs d'aménagement et de gestion de l'eau – SDAGE*), as organizações por sub-bacias com as comissões locais da água encarregadas da elaboração dos planos de ordenamento e de gestão da água (*Schémas d'aménagement et de gestion de l'eau – SAGE*)

revelaram importantíssimas dificuldades de cooperação. A atual reforma da água deveria impedir os bloqueamentos, mas a perspectiva de mudanças políticas parece afastar essa necessária solução. Além do mais, esse método transversal e localizado deve conduzir a uma consideração global dos recursos. Trata-se, com efeito, de integrar as águas superficiais, as águas subterrâneas e as águas costeiras. Essa abordagem constitui uma fase prévia à gestão local e duradoura da água, fazendo surgir verdadeiras solidariedades numa mesma bacia, o que pode conduzir a uma racionalização dos usos para satisfazer o conjunto das necessidades.

Esse quadro geográfico se apóia num processo democrático.

1.2 Um processo democrático aprofundado

Esse processo resulta da aplicação de dois tipos de métodos que podemos considerar como complementares:

- Trata-se, por um lado, da aplicação do princípio de participação com os seus indissociáveis três componentes, que são a informação, a participação no processo decisório e o acesso ao contencioso, tal como formulado pelos princípios da Declaração do Rio e desenvolvido pela Convenção de Aarhus¹³. É a combinação de uma verdadeira transparência na gestão dos serviços da água, com a integração dos diversos parceiros na sub-bacia e a necessidade de aclarar a abordagem ecossistêmica que impõem um diálogo. São abrangidos todos os aspectos dessa gestão: a definição das políticas, as opções operacionais, o controle e a gestão dos diversos serviços públicos.
- Por outro lado, trata-se da efetivação de uma verdadeira negociação ambiental relativa aos diversos usos da água numa bacia ou numa sub-bacia. Considerando o princípio da adaptação das atividades humanas, as capacidades do meio¹⁴, pretende-se reduzir os usos sob um ponto de vista quantitativo e atingir uma qualidade maior das águas dos diversos ecossistemas. A negociação ambiental deve satisfazer, prioritariamente, às necessidades fundamentais e, depois, os usos relativos às atividades econômicas, permitindo assim uma opção esclarecida. Os diversos agentes devem identificar os desafios e cumpri-los, não por oposição, mas integrando as necessidades de outrem.

2 A efetividade das condições de realização

Não pode existir uma abordagem duradoura no domínio da água sem a utilização de meios adequados. Após a definição dos objetivos comuns, realizada com uma verdadeira participação, o conjunto dos agentes e utilizadores da água, incluindo as sociedades

¹³ Convenção sobre o acesso à informação, a participação do público no processo decisório e o acesso à justiça em matéria ambiental, assinada em Aarhus no dia 25 de junho de 1998. Cf. *RJE*, número especial, 1999. Colóquio do CRIDEAU relativo aos diversos contributos da referida convenção.

¹⁴ Capítulo 18 da Agenda 21, ponto 18.2 da introdução.

comerciais e industriais, deve contribuir para a efetivação das modalidades de realização. Assim as autoridades públicas vão ter as condições materiais para aplicar os instrumentos de gestão e os instrumentos de regulamentação adequados.

2.1 Os instrumentos de gestão

A gestão da água e dos meios aquáticos deve ser integrada no conjunto das políticas, mas também é baseada na identificação de instrumentos adaptados aos recursos. Desse ponto de vista, há que distinguir dois aspectos: com efeito, toda a abordagem instrumental na matéria da água conduz a colocar a questão dos ecossistemas e a da gestão dos serviços.

- Quanto aos ecossistemas – Nesse aspecto, no âmbito dos instrumentos que permitem uma abordagem eficaz, dois elementos podem ser distinguidos:
 - ◆ a planificação – Permite uma abordagem global, tanto do ponto de vista territorial como em relação aos ecossistemas. A planificação deve contribuir para a determinação das necessidades presentes e das evoluções, tanto quantitativas como qualitativas. Essa planificação pode ser global, para o Estado, vários Estados, por bacia ou sub-bacia. Também favorece a emergência de uma verdadeira estratégia das orientações que vão determinar o uso dos recursos. As opções escolhidas resultam necessariamente de uma negociação ambiental. Com efeito, os agentes locais, no quadro de um método descentralizado, não podem intervir sem inscrever a sua ação num esquema global do qual dependem e do qual determinam o equilíbrio;
 - ◆ o método contratual – Numa bacia dada, partindo dos objetivos previstos, é possível iniciar uma abordagem contratual da gestão da água. Essa constitui um instrumento complementar da regulamentação. Nesse ponto de vista, constitui por um lado, um instrumento pedagógico, mobilizador e de responsabilização, e, por outro, uma figura que permite o desenvolvimento da colaboração. Desde logo, parece adequada a gestão local e descentralizada da água. Na França, os contratos de rios (*contrats de rivières*) respondem a esse objetivo e são um sucesso jurídico. Todavia, a pertinência desse instrumento resulta da capacidade de os agentes estabelecerem verdadeiros balanços em relação aos objetivos previstos, e a impor sanções no caso de descumprimento das obrigações estabelecidas.
- Quanto aos serviços – Trata-se aqui das condições de gestão de serviços de água potável e de saneamento. Quando esses serviços satisfazem as necessidades fundamentais, o quadro da sua efetivação impõe a intervenção de autoridades supralocais, o que pode levar a uma limitação da gestão descentralizada. Nos vários países, diferentes soluções foram adotadas para organizar esses serviços. Frequentemente, essa realização resulta de iniciativas públicas para estruturar o desenvolvimento da urbanização. Mas, nos últimos anos, apareceram profundas evoluções; uma certa "comercialização" desses

serviços levou a profundas mutações, com transferências para o setor privado. Na França, trata-se necessariamente de serviços públicos, industriais e comerciais. Há que observar que no planeta desenvolveu-se um verdadeiro “mercado de serviços” da água e do saneamento. A problemática da sua gestão é a da transparência. Esta tem a ver tanto com as opções do método de gestão como com as opções relativas à sua efetivação e à sua gestão, ou até com a própria realização das obras que implicam as redes. A gestão desses serviços também implica os problemas essenciais relacionados com o preço da água ou o preço relativo às prestações efetuadas junto aos usuários. O reconhecimento de um direito à água deveria promover uma orientação das práticas nesse sentido. Com efeito, a FNUAP avaliou a quantia mínima vital para um ser humano em 40 litros de água por dia. Desde logo, as sociedades humanas devem comprometer-se em assegurar esse “serviço mínimo”, sem esquecer a necessidade essencial de aplicar o princípio de solidariedade. Também parece necessário encarar uma entrega gratuita dessas quantias mínimas e instaurar uma tarifação progressiva por escalas sucessivas. Na França e em certos países europeus, por exemplo, um sistema de solidariedade foi estabelecido para o acesso, entre outros, à água nas habitações dos menos favorecidos¹⁵. Há que realçar que se trata tanto da água em si como do acesso ao serviço subjacente que está em causa. O direito à água pode ser ligado a um acesso remunerador de um serviço, por via de assinatura, sendo a importância dessa assinatura um elemento que pode excluir numerosas pessoas do direito à água. A realização efetiva do direito à água implica desde logo que na prática, para as quantias essenciais à vida, o acesso seja gratuito. Esse conjunto de questões coloca então uma interrogação sobre o grau de solidariedade, nacional e internacional, que os Estados querem estabelecer para reduzir as situações de “*stress hídrico*”.

2.2 Os instrumentos locais de regulamentação

Trata-se aqui da capacidade de as autoridades públicas orientarem o controle, a polícia das atividades humanas relacionadas com a gestão dos recursos e dos sistemas hidrológicos. Para tal, dois elementos são imprescindíveis: a prevenção e a aplicação do princípio do poluidor-pagador.

- A prevenção, aplicada em dois níveis:
 - ◆ por um lado, pela relação de cada um com o meio aquático e a responsabilidade correlata. O mecanismo também se contempla para os proprietários públicos e privados, ribeirinhos do meio, como para todos os usuários;

¹⁵ A figura resulta do artigo 136 da Lei 98/657 de 29 de Julho de 1998 sobre a exclusão, que estabelece “toda pessoa ou família conhecendo dificuldades particulares ligadas a uma situação de precariedade tem direito a uma ajuda da coletividade para ter acesso ou para salvaguardar o seu acesso ao fornecimento de água, de energia ou de serviços telefônicos”. Há que notar que na Bélgica o artigo 3 do Decreto de 20 de Dezembro de 1996 impõe uma entrega mínima de água potável.

- ◆ por outro lado, o controle das atividades humanas pelas administrações, notadamente sobre o uso e a rejeição. Esse dispositivo tende a generalizar-se, mas implica, no entanto, meios adequados. O direito francês da água permite assim a identificação de uma nomenclatura específica às atividades e obras podendo ter um impacto na água (nomenclatura IOTA); uma coordenação com o direito das instalações classificadas é estabelecida¹⁶.
- A aplicação do princípio do poluidor-pagador. É um dos aspectos mais sensíveis da gestão da água. Trata-se, na prática:
 - ◆ por um lado, de impor aos agentes econômicos o método integrado e a instauração dos mecanismos verdadeiramente incentivos. O grau das sanções da não-integração deve ser suficientemente elevado para obrigar os agentes a proceder a essa integração;
 - ◆ por outro lado, da aplicação do princípio de responsabilidade ao desrespeito das regras de proteção, com sanções suficientemente elevadas para serem dissuasivas e levar ao respeito efetivo das regras instauradas.

Nesse aspeto, o papel de todos os agentes da sociedade é essencial. Os agentes privados, obviamente, são responsáveis na condição de usuários, quer exerçam, quer não, uma atividade econômica; mas também as estruturas administrativas, notadamente os tribunais que devem gozar dos meios de tratar os assuntos relacionados com ofensas a pessoas ou a bens ligados com a água, devem manter o respeito em relação às decisões por eles emitidas, incluindo os casos nos quais as autoridades públicas falham¹⁷. Deve-se notar que, nesses casos, são consumidores e associações ambientais que iniciaram os processos.

Sob esse ponto de vista, os sistemas jurídicos vigentes devem permitir, tanto em nível internacional, estadual, regional como local, a intervenção dos cidadãos perante os juízes.

III – Conclusão

Uma vez que o direito à água é proclamado e reconhecido como um direito do Homem, uma vez que a água é reconhecida não como sendo uma mercadoria, a gestão local da água parece ser uma necessidade, mas integra-se necessariamente num esquema mais global, deixando aparecer estratégias e solidariedades.

A evolução dos ecossistemas e as necessidades impõem essa dupla exigência.

Deve-se considerar que uma gestão descentralizada da água também deve contribuir para o reforço de um método participativo, uma associação do cidadão na

¹⁶ Artigo L 214-1 e seguintes do Código do Ambiente, para a nomenclatura IOTA, o decreto 93/743 de 29 de Março de 1993 (J.O. do 30 de Março de 1993).

¹⁷ Ver, por exemplo, a condenação do Estado francês pelo TJCE por descumprimento de uma diretiva relativa à qualidade das águas, e o julgamento de condenação relativo à regulamentação das instalações classificadas: TJCE, 8 de março de 2001, Comissão das Comunidades Europeias c/ República Francesa, processo C 266/99, e Tribunal Administrativo de Rennes, 2 de maio de 2001, Société Suez Lyonnaise des Eaux, req. 97.182. *RJE*, 03/2001, p. 445, comentários de Bernard Drobenko.

determinação das estratégias relativas aos ecossistemas, e nas modalidades do uso da água e na gestão dos serviços de água e de saneamento.

É evidente que a gestão descentralizada da água constitui o quadro mais idôneo para:

- permitir a cada ser humano dispor da água necessária à vida;
- regular os conflitos pela prática da negociação ambiental;
- estabelecer uma verdadeira solidariedade na matéria da água ao integrar a pertinência dos ecossistemas;
- assegurar uma prevenção efetiva;
- aplicar estritamente o princípio do poluidor-pagador, com controle das autoridades supralocais e dos cidadãos;
- produzir uma verdadeira educação para o uso da água e dos ecossistemas aquáticos.

Desde logo, e considerando que a gestão descentralizada integra as bacias e sub-bacias internacionais, trata-se de possibilitar que a água permaneça como um fator de vida e converta-se também num verdadeiro fator de paz.

PARTICIPATION DU PUBLIC À L'ÉLABORATION DES POLITIQUES PUBLIQUES ENVIRONNEMENTALES D'AARHUS A BRUXELLES

*Gérard Monediaire**

Deux instruments supra nationaux¹, de nature distincte, tendent à renforcer les voies de la protection de l'environnement par le truchement de l'invention de procédures en appelant, entre autres, à une participation accrue du public. Leur inspiration est largement commune, leurs champs d'application ne sont pas similaires, ni leur portée juridique. Peut-être pourrait on former l'hypothèse de la réception juridique partielle (mais non avouée puisque la directive ne se réfère pas à la Convention d'Aarhus) opérée par la directive du 27 juin 2001 de certaines parmi les stipulations de la Convention de 1998. Une telle suggestion ne serait pas réellement erronée, sauf à se garder de restaurer implicitement un modèle classiquement hiérarchique de fonctionnement du droit. On se situe en effet d'emblée dans une configuration de relative complexité, quoique non inédite. En effet, constituent le paysage normatif une Convention internationale à laquelle les États-parties signataires² sont simultanément les États-membres d'une organisation d'intégration économique régionale (la Communauté européenne) qui a également signé la Convention³, et qui exerce une action normative, en l'occurrence par voie de directive, sur ses États-membres. Voici une illustration du droit contemporain en "boucles étranges"⁴ qui invite à examiner de plus près les aventures de la polyphonie juridique à l'œuvre, en limitant le propos au sort réservé à la participation du public, principe directeur de démocratie participative désormais solidement institué juridiquement, sinon toujours efficacement mis en œuvre dans le cadre de l'objectif du développement durable.

Pour ce faire, une attention particulière doit être apportée aux champs d'application respectifs des deux normes: bien sûr il s'agira toujours de politiques publiques d'environnement, mais ces dernières peuvent prendre force et vigueur à travers des instruments diversifiés, au sein desquels la catégorisation n'est pas toujours évidente (I). Puis, il est de bonne méthode de tenter de contraster les formes procédurales de participation du public, dont il faut rappeler que l'information est le préalable logique, afin notamment

* Gérard Monediaire é Professor de Direito Público da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges, França. Diretor-Adjunto do Centro de Pesquisas Interdisciplinares de Direito Ambiental, Desenvolvimento e Urbanismo.

¹ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ONU, Commission économique pour l'Europe; Aarhus, Danemark 25 juin 1998). Cf. RJE, numéro spécial, 1999, "La convention d'Aarhus".

Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement; JOCE L.197/30 du 21 juillet 2001.

² Un sous ensemble des États-parties.

³ Engagement international de la Communauté, qui demeure subordonné à l'égard du droit originaire, mais occupant une place supérieure par rapport à la législation dérivée (D. Simon, "Le système juridique communautaire", PUF, 1998, p. 242 sq).

⁴ Mireille Delmas-Marty, "Pour un droit commun", Seuil, 1994, notamment p. 90 sq.

de se forger une opinion sur l'épaisseur réelle des modifications apportées au processus décisionnel (decision making) appelées par la "gouvernance" (II)

I – Les champs d'application respectifs

Les manifestations sémantiques en cause ici sont celles de "politiques", "plans", "programmes", substantifs assez indéterminés en droit. Souvent employés dans la pratique de manière aléatoire comme des synonymes, il est malaisé, sauf à se transformer en "faiseur de systèmes", d'attribuer à chacun des caractères propres, qui l'autonomiseraient au plan théorique de ses voisins. Surtout, les bases légales et les instruments d'exécution peuvent varier considérablement: on a connu des "programmes" enclenchées sur la base d'une annonce effectuée dans les médias⁵, alors que d'autres nécessitent le vote de lois susceptibles parfois d'engendrer des difficultés constitutionnelles⁶.

Reste que, sans doute à raison de la nature des instruments en cause, la Convention d'Aarhus se veut a priori extensive (A), alors que la directive communautaire s'avoue plus circonscrite (B).

A) Le volontarisme mesuré de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies: les articles 7 et 8⁷

1. L'article 7 concerne les "plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement"

Les définitions de l'article 2 ne font pas la grâce à leur lecteur de fournir des définitions qui contrasteraient utilement les notions de plan, programme, et de politique.

Pour autant, la rédaction même de la disposition conventionnelle établit une distinction forte entre les "plans et programmes" d'une part, les "politiques" de l'autre.

En effet, les premiers font l'objet de développements assez substantiels, les obligations consenties par les États parties s'exprimant à l'indicatif: "chaque partie prend les dispositions pratiques et/ou autres voulues pour que le public participe à l'élaboration des plans et programmes relatifs à l'environnement [...]".

A l'énergie de cette formule, fait écho de manière très assourdie celle dédiée aux politiques: dans une brève et ultime phrase de l'article 7, il est indiqué que "chaque partie s'efforce autant qu'il convient de donner au public la possibilité de participer à l'élaboration des politiques relatives à l'environnement". Il est clair qu'aucun effet direct ne peut être

⁵ Reprise des essais nucléaires français en atmosphère dans le Pacifique. Cette "politique" s'est en outre réalisée à travers un "programme" de tirs. Il devait bien s'agir de politique, et même de "haute" politique, puisque le Conseil d'État y a vu un acte de gouvernement.

⁶ La politique française de l'eau s'exprime, via différents textes législatifs et réglementaires, par l'institution de redevances obligatoires, dont le Conseil constitutionnel a mis en doute la nature, en suggérant qu'il pouvait bien s'agir d'impôts.

⁷ L'article 6 de la Convention concerne la "participation du public aux décisions relatives à des activités particulières". Il est le seul à être assorti d'une annexe positive comprenant 22 paragraphes (annexe I).

attendu d'une telle rédaction qui laisse toute latitude aux États au stade de la mise en œuvre concrète de la règle, en réalité davantage de style déclaratif que normatif.

2. L'article 8 vise les "dispositions réglementaires et/ou les instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale"

Là encore, aucune définition positive ne figure à l'article 2 de la Convention, sauf à considérer le contenu de la notion d'autorité publique. A cet égard, l'article 2, § 2, 2^e alinéa, indique formellement que "la présente définition n'englobe pas les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs". En conséquence, les "instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale" sont exclusifs des normes de facture parlementaire, soit les lois des différents États-parties. On verra qu'il en va différemment en ce qui concerne la Communauté européenne, à raison de la spécificité du processus décisionnel engendrant la "législation" dérivée.

B) Le pragmatisme résolu de la directive du 27 juin 2001

1. A l'égard du contenu destiné aux États-membres

Une évidence s'impose d'emblée: à la différence de la Convention d'Aarhus, la directive ne souffle mot de "politiques".

L'article 2 (Définitions) précise le contenu sémantique de la notion des "plans et programmes", qui sont concernés tant au niveau de leur élaboration que de leurs modifications, ces dernières n'étant pas explicitement visées par l'article 7 ou la Convention d'Aarhus.

Le critère organique revêt ici une importance particulière. Si les deux textes ne manquent pas de désigner, outre les autorités nationales, aussi les autorités locales⁸, la Convention est plus précise que la directive en évoquant différentes hypothèses de "démembrements" administratifs pour les soumettre à ses stipulations⁹, tandis que la directive envisage le cas de la disjonction entre autorité chargée de l'élaboration et autorité chargée de l'approbation: dans tous les cas de figures, le plan ou le programme est soumis au contenu de la directive. Surtout, alors que la Convention, on s'en souvient, excluait clairement le domaine législatif de son champ d'application, la directive se fait beaucoup plus nettement intégratrice, en visant les plans et programmes "élaborés par une autorité en vue de leur adoption par le Parlement ou par le gouvernement par le biais d'une procédure législative"¹⁰.

L'article 3, pour sa part, détaille les caractéristiques des plans et programmes qui constituent son champ d'application. Il le fait avec une précision absente de l'article 7 de

⁸ Aarhus, art. 2, 2^o, a; directive CE: art. 2 a.

⁹ Aarhus, art. 2, 2^o, b, c.

¹⁰ Directive, art. 1, a. Le même article précise qu'il faut que les plans ou programmes soient "exigés" par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives. Il y a un espace d'exégèse aux conséquences décisives pour le périmètre réel des champs d'applications. Pour raisonner aux limites: soit "exigé" s'entend comme excluant du champ de la directive les plans et programmes non constitutifs d'une catégorie juridique issue du droit écrit, et le périmètre s'éloigne; soit l'adjectif se comprend comme limitant le champ d'application aux documents dont

la Convention, ce qui est dans l'ordre des choses compte tenu de la nature distincte des deux instruments. C'est alors toute une série de thèmes qui sont déclinés, tantôt relevant de politiques sectorielles de l'environnement (déchets, eau), tantôt de l'aménagement du territoire urbain et rural et de l'urbanisme, ou encore de politiques à incidences environnementales fortes¹¹ (agriculture, sylviculture, pêche, énergie, industrie, transport, télécommunications, tourisme), pour autant qu'ils sont les cadres d'appréciation des demandes d'autorisations de projets soumis à étude d'impact environnementale aux termes de la directive 85/337 CEE. Indépendamment de ce premier domaine¹², un second est défini qui concerne les plans et programmes susceptibles d'avoir une incidence environnementale sur les sites "Natura 2000" dès lors qu'ils sont soumis à évaluation selon les articles 6 (3^e et 4^e) et 7 (directive 79-409CEE dite "oiseaux") de la directive 92/43/CEE¹³. L'effet téléologique de cette dernière directive joue donc à plein, sans autre conditionnalité.

Deux dispositions introduisent un risque d'incertitude quant au champ d'application de l'évaluation environnementale. Ainsi, les États ont une assez grande latitude¹⁴ pour dispenser d'étude les plans et programmes qui déterminent l'utilisation "de petites zones au niveau local", et pour les modifications mineures apportées à des plans ou programmes. La même liberté leur échoit pour déterminer si les plans et programmes qui n'entrent pas dans les catégories substantielles fixées par la directive doivent être soumis à évaluation stratégique.

Suite à l'énumération positive de l'article 3, 2^e a et b, se rencontre enfin une liste négative de plans et programmes qui échappent à l'obligation: il s'agit de ceux qui concernent la défense nationale et la protection civile à titre exclusif, ainsi que des plans et programmes financiers ou budgétaires¹⁵. Peut être est-ce dans cette dernière catégorie que se loge la réalité des "politiques" maintenues hors du champ d'application de la directive.

l'élaboration est rendue rigoureusement obligatoire par un texte législatif ou réglementaire, et le périmètre se rapproche considérablement. On peut encore imaginer, par analogie avec des Règlements communautaires tels ceux concernant le management environnemental ou l'agriculture biologique un système de type "volontaire" du type, en droit français "aucune commune ne peut être contrainte d'élaborer un plan local d'urbanisme – à supposer qu'elle délibère favorablement pour son élaboration, elle est soumise au contenu de la directive transposée". Voir, cette revue, contribution du Prof. J. P. Lebreton, et passim; également F. Haumont, "Une directive européenne sur les études d'impact", Et. foncières n. 94, nov.-déc. 2001, p. 26 sq. Mais on peut vraisemblablement considérer que sont "exigés" tous les plans et programmes imposés par des directives communautaires. La catégorie n'est pas négligeable, 18 directives au moins obligeant les États à se doter de tels documents (cf. G. Michel, "L'apport de la jurisprudence communautaire aux notions de plan et de programme en matière d'environnement", mémoire DEA de l'environnement et de l'urbanisme, sous la direction de Michel Prieur, 2002).

¹¹ Manière de prise en considération de la clause d'omniprésence des préoccupations environnementales (principe d'intégration, art. 6 traité CE, in Principes; et article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union – Nice 2000).

¹² Directive CE, art. 3 (champ d'application), 2^e, a.

¹³ Directive CE, art. 3.2 b – Voir "Gérer les sites Natura 2000 – Les dispositions de l'article 6 de la directive "Habitats"". Commission européenne, 2000; notamment 4^e (p. 30), 5^e (p. 42), et annexe III (p. 60).

¹⁴ Voir l'annexe II de la directive qui énumère les critères utiles.

¹⁵ Directive CE, art. 3-8^e.

2. A l'égard de la Communauté européenne elle-même

La Communauté européenne ayant signé la Convention d'Aarhus, il convient d'examiner si elle entend mettre en application ses stipulations en s'appliquant à elle-même l'adage "tu pateres legem quam ipse fecistis" avec la même intensité que celle imposée aux États-membres par le truchement de la directive¹⁶.

En terme de champ d'application, on peut en première approximation proposer le bilan suivant. La catégorie des plans et programmes invite à se reporter aux politiques, actions, contributions (et autres dénominations) de l'article 3 du Traité instituant la Communauté européenne, au nombre de vingt, pour les rapprocher du champ d'application de la directive de 2001. Les politiques relatives à l'environnement ne posent évidemment pas de problème (alinéa k du Traité, item déchets et eau de l'article 3-2-a de la directive): différents documents, livres blancs et verts, communications, programmes – dont les six programmes pour l'environnement – peuvent très certainement s'analyser en qualité d'études d'impact stratégiques, au prix peut-être ici ou là d'un ré-aménagement interne largement formel¹⁷. En revanche les difficultés se font jour, sous plusieurs angles, pour d'autres domaines visés par la directive. On relèvera ainsi que l'énergie, l'aménagement du territoire et l'affectation des sols comptent aux termes de l'article 175 du Traité CE parmi les dispositions et mesures exigeant l'unanimité du Conseil (procédure de consultation du Parlement et des Comités économique et social et des régions): en soi cette disposition dérogatoire n'interdit pas l'élaboration d'une étude d'impact, mais elle en rend sans doute la mise au point plus délicate. Ailleurs, des superpositions explicites de domaines ne devraient pas susciter de problèmes (tourisme, transports, industrie...), tandis que la protection civile est exclue de l'obligation d'étude d'impact par la directive (ce qui semble critiquable à raison des configurations des droits nationaux où – cas de la France – certains aspects de la protection civile sont liés à la politique de lutte contre les risques naturels et technologiques¹⁸).

¹⁶ Il est bien entendu qu'il n'est pas dans l'objet habituel d'une directive de s'appliquer aux institutions et organes de la Communauté. Il s'agit ici principalement d'examiner rapidement si le processus décisionnel communautaire répond à l'exigence du "plus grand respect de principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens" posé à l'article 1^{er} du Traité sur l'Union européenne à Amsterdam, et qui inspire à l'évidence pour sa part la directive de 2001. On se souvient que la directive relative à l'information en matière d'environnement (Directive du Conseil n. 90/313/CEE du 7 juin 1990) avait suscité une remarque malicieuse de la doctrine (Conclusions Michael Bothe et Michel Prieur in "Le droit à l'information en matière d'environnement dans les pays de l'Union européenne", PULIM, 1997) qui regrettait que la Communauté ne s'applique pas ipso facto, les contraintes bienvenues qu'elle imposait aux États-membres. L'évolution des choses a pu atténuer la portée de ces critiques (cf. Gérard Monédiaire, "Les droits à l'information et à la participation du public auprès de l'Union européenne", REDE 2-1999 et 3-1999). Le mouvement s'est achevé par la publication du Règlement (CE) n. 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JOCE L. 31 mai 2001), sur la base duquel les institutions ont adopté (ou vont adopter) des décisions modifiant leurs règlements intérieurs.

¹⁷ Cf. le § 2 des considérants de la directive de 2001.

¹⁸ D'autres exigences de la directive (télécommunications) ne figurent pas sous cette dénomination à l'article 3 T. CE. Sans doute sont-elles incluses dans le cadre du n. "encouragement à l'établissement et au développement de réseaux transeuropéens".

Mais les tensions les plus vives se localisent à l'évidence autour des "fonds structurels" communautaires. Une très forte pression s'est exprimée à cet égard pendant la phase d'élaboration de la directive¹⁹, elle a abouti au système transitoire emporté par le 9^e de l'article 3 de la directive, qui met à l'abri de l'évaluation environnementale globale les règlements concernant les fonds structurels, y compris le FEOGA – développement rural, mais uniquement pour la période de programmation en cours, en quelque sorte par application du principe de non rétroactivité de la loi, ce qui laisse supposer qu'à l'avenir (échéances 2006-2007) les fonds structurels, notamment en ce qu'ils visent la politique agricole commune devraient être soumis à évaluation environnementale stratégique. Au surplus, l'article 2-a de la directive intègre explicitement dans la catégorie des plans et programmes concernés tous "ceux qui sont co-financés par la Communauté européenne" (ainsi que leurs modifications).

En vérité, on se situe ici à l'épicentre des problèmes tant procéduraux que de fond engendrés par, ensemble, l'exigence du niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement (art. 2 T. CE)²⁰, et de la clause d'omniprésence emportée par l'article 6 du Traité CE²¹, en ce qu'elle pose que "les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable". Dès lors, les propositions de directives non spécifiquement dédiées à l'environnement, mais susceptibles à titre incident d'avoir un effet négatif sur l'environnement, devront-elles être assorties d'une étude d'impact stratégique? Et l'environnement, et le principe d'intégration des politiques publiques y gagneraient.

II – Les instruments procéduraux de la participation du public

Il est utile en premier lieu de s'interroger sur la consistance du "public" dont les deux textes souhaitent la participation au processus décisionnel (A). La notion est en effet polysémique, supposant toute une gamme de situations évoluant de la position la plus libérale qui assimilera "public" à personne physique, jusqu'à la plus restrictive qui ne retiendra que le public représenté sous forme d'institution (fut-elle de type associatif) agréée par l'administration.

En second lieu, il convient de scruter les modalités prévues d'organisation effective de la participation, qui ne se séparent pas de l'accès préalable et constant à l'information²², mais appellent aussi la prise en considération, entre autres, de la chronologie du processus de décision (B).

¹⁹ Pressions émanant tant du Parlement européen que du Comité économique et social et du Comité des régions.

²⁰ Mentionné au § 6 des considérants de la directive.

²¹ Et explicitement rappelée au § 1 des considérants de la directive, tandis que le § 4 évoque l'évaluation environnementale en tant qu' "outil important d'intégration" (de l'environnement dans les autres politiques).

²² Questions liées au droit à l'information qui ne sont pas traitées ici.

A) Les acteurs constitutifs du “public”

Les “définitions” des article 2 des textes en cause sont ici explicites.

1. Les “publics” respectifs de la Convention d’Aarhus et de la directive de 2001

Une distinction est introduite dans la Convention entre les notions de “public” (art. 2 - 4^o) et de “public concerné” (art. 2-5^o).

Le public “désigne une ou plusieurs personnes physiques ou morales, et, conformément à la législation ou à la coutume du pays, les associations, organisations ou groupes constitués par ces personnes”. Quant au public concerné, il est formé par “le public qui est touché ou qui risque d’être touché par les décisions prises en matière d’environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l’égard du processus décisionnel”. Une présomption d’intérêt est en outre posée au bénéfice des “ONG qui œuvrent en faveur de la protection de l’environnement et qui remplissent les conditions pouvant être requises en droit interne”: elles sont “réputées avoir un intérêt”. Le public est donc entendu très largement²³, mais on peut ne pas être absolument convaincu par l’opportunité de distinguer entre “public” et “public concerné”. En effet, une redondance est nette entre le “public concerné” de forme associative réputé avoir un intérêt du § 5 de l’article 2 et les “associations, organisations ou groupes constitués”, “personnes [...] morales”, du § 4 du même article. Tout au plus peut-on inférer que le “public concerné” désigne les personnes physiques ou morales plus directement affectées matériellement ou à l’égard de leurs buts par les décisions environnementales, mais sans que le régime institué ultérieurement par la Convention n’établisse de privilège net en sa faveur²⁴ au plan de la procédure administrative non contentieuse.

La directive, quant à elle est beaucoup plus lapidaire dans sa définition du public. Selon l’article 2 (Définitions), d, il s’agit d’ “une ou plusieurs personnes physiques ou morales, ainsi que, selon la législation ou la pratique nationale, les associations, organisations et groupes rassemblant ces personnes”. Il ne semble pas que cette brièveté puisse s’analyser en tant que restriction du champ du “public” dans le domaine de la participation. Toutefois, la distinction d’Aarhus entre public “banal” et public “spécial” est réintroduite dans le corps de la directive, au titre de l’article 6 qui définit le contenu des consultations. Il est à

²³ Voir en particulier le §9 de l’article 3 de la Convention (Dispositions générales) qui exclut toute condition de nationalité, de citoyenneté, de domicile pour les personnes physiques, et fait de même, mutatis mutandis, pour les personnes morales.

²⁴ Toutefois, selon l’art.6, §2 (participation du public aux décisions relatives à des activités particulières), c’est le “public concerné” qui “doit être informé comme il convient”, mais par un “avis au public ou individuellement”. Aussi, même article, §5: les pétitionnaires d’autorisations devraient, aux fins d’information “identifier le public concerné”, et §6 invitant les parties à faire en sorte que le “public concerné” puisse consulter différentes informations. La distinction n’apparaît pas au stade des articles 7 et 8 concernant les plans, programmes et politiques qui n’évoquent que le “public”. En revanche, elle fait une réapparition à l’article 9 (accès à la justice), qui posant le principe d’un “large accès à la justice”, semble le réserver de manière prioritaire au “public concerné”: c’est peut-être ici que la distinction se justifie le mieux, en raison des traditions juridiques nationales et aussi communautaires relatives aux capacités et intérêts pour ester.

relever d'abord que le principe de subsidiarité conduit le législateur communautaire à confier aux États-membres le soin de définir le public à consulter, mais surtout que le § 4 de l'article 6 isole, au sein du "public", le "public affecté ou susceptible d'être affecté par la prise de décision ou intéressé par celle-ci [...] y compris les ONG concernées, telles que celles qui encouragent la protection de l'environnement et d'autres organisations concernées".

En définitive, il est possible d'admettre que les deux textes, dédiés de manière générale à la participation du public, entendent cependant établir une distinction au profit du public "affecté" ou "concerné" qui comprend implicitement deux catégories: celle parfois qualifiée de "riverains", ce qui se comprend mieux pour les hypothèses d'opérations que pour celles de plans ou programmes; et celle des ONG environnementales (ou inscrivant plus largement leur action dans la perspective des trois piliers du développement durable) à raison de leurs objets sociaux²⁵.

2. Les implications à l'égard des États-membres et de la Communauté européenne

Il est hors de la portée de la présente contribution d'examiner, en terme de droit comparé, l'état des droits nationaux à l'égard de la participation du public. Il est cependant possible d'avancer l'hypothèse qu'il existe un "acquis" communautaire dans ce domaine. Pour autant, des ajustements, ou toilettages de régimes nationaux seront très certainement nécessaires pour harmoniser les notions de public et de public intéressé. Par ailleurs, on ne peut omettre l'évocation de la perspective de l'élargissement de la Communauté à de nouveaux États pour lesquels la mise en œuvre de la Convention et/ou de la directive pourra engendrer davantage de difficultés. Il est vrai qu'il avait pu être suggéré que la Convention d'Aarhus comptait fortement, parmi ses buts implicites, l'institutionnalisation des processus décisionnels démocratiques dans les anciens États de l'Europe de l'Est, se voulant ainsi processus d'apprentissage...

En revanche, en ce qui concerne la Communauté européenne, l'application de l'esprit et de la lettre des textes ne devrait conduire qu'à un approfondissement, et nullement à un bouleversement. En effet, le régime décisionnel communautaire a fait émerger une pratique d'association des intérêts au processus décisionnel²⁶. Elle se signale, en particulier pour le présent propos, dans des domaines sectoriels qui ne sont pas indépendants des questions environnementales telles la réglementation et la normalisation technique, mais aussi plus directement pour ce qui a trait au label écologique. Il est encore nécessaire de relever l'antériorité du Forum pour l'environnement (5^e Programme "Pour un développement durable"), tandis que les tendances à l'extension de la participation, sensibles dès la période du Traité de Maastricht, s'expriment dans deux communications de la

²⁵ On doit cependant signaler que la catégorie du "public" en tant qu'expression d'intérêts est fort large: peut être intéressée ou concernée, une ONG défendant des intérêts industriels ou financiers non nécessairement harmonieux à l'égard de la protection de l'environnement.

²⁶ Cf. Gérard Monédiaire article cit. p. 253 sq.

Commission: “Une transparence accrue dans les travaux de la Commission (1993)”, et “Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d’intérêts (1993)”. Enfin, l’intérêt apporté par la Communauté à la consolidation d’un “public” environnemental sous forme associative est particulièrement mis en relief par le programme d’action à l’égard des ONG environnementales adopté par une décision du Conseil du 16 décembre 1997. Ce programme d’aides ne se limite pas aux ONG relevant de l’espace communautaire, mais concerne celles de l’Europe historique: c’est retrouver simultanément la perspective de l’élargissement de l’Union européenne, et le caractère universel de la Convention d’Aarhus²⁷, notamment en ce qui concerne le § 4 de son article 3 (Dispositions générales) qui stipule que “Chaque partie accorde la reconnaissance et l’appui voulus aux associations [...]”.

B) Les modalités de la participation du public

1. Une inspiration commune

Elle a trait en premier lieu à la volonté d’organiser une participation d’amont.

L’article 7 de la Convention d’Aarhus, pour ce qu’il traite des plans et programmes renvoie aux paragraphes 3, 4 et 8 de l’article 6 qui concerne les activités, ou opérations ponctuelles. C’est le paragraphe 4 qui indique expressément que “chaque partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c’est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence”. Cette stipulation, dont on aura noté qu’elle est rédigée à l’indicatif est renforcée par le contenu du paragraphe 3, qui évoque les “différentes étapes de la procédure de participation” qui doivent réserver au public des “délais raisonnables” pour s’informer (par renvoi au paragraphe 2) et participer intelligemment et effectivement “tout au long du processus décisionnel en matière d’environnement”.

La même préoccupation de participation en continu dès l’amorce du processus décisionnel transparait dans l’article 8, qui, traitant des dispositions réglementaires pose que la participation du public, pour être effective, doit se situer “à un stade approprié – et tant que les options sont encore ouvertes”. Mais la rédaction est alors moins marquée par le style propre à la norme “self executing”: les parties “s’emploient à promouvoir” un système adéquat, tandis qu’ “il convient de prendre” trois types de dispositions. Il s’agit d’instaurer des délais suffisants qui conditionnent l’effectivité de la participation, de donner au public la possibilité de formuler des observations, soit de manière directe, soit par le

²⁷ Une telle politique d’appui aux ONG environnementales est d’autant plus nécessaire que la catégorie des intérêts est, comme on vient de le dire, fort vaste, incluant les intérêts économiques qui disposent à l’évidence de moyens sans commune mesure avec ceux des ONG environnementales. Elle peut connaître des moments de tension. Ainsi, le Bureau européen de l’environnement (BEE, fédération de 135 associations environnementales de l’espace européen) a suspendu sa participation en 2000 au processus officiel de normalisation de l’Union européenne, au motif que sa demande (conjointe avec celles du Fonds mondial pour la nature (WWF) et des Amis de la Terre) de financement pour la création d’un Bureau technique environnemental avait été rejetée par la Commission (Europe Environnement, 16 mai 2000, p.15).

truchement de l'administration consultative²⁸, enfin et peut-être surtout de publier (ou de mettre à disposition du public par tout autre moyen, sans doute en particulier électronique²⁹) un "projet de règles". Cette dernière précision est directement tirée de la législation ancienne concernant le processus de "decision making" des États Unis et du Canada³⁰.

La directive communautaire, limitée aux plans et programmes environnementaux est peut-être plus allusive que les stipulations d'Aarhus. Ce sont essentiellement les deux premiers paragraphes de l'article 6 qui fixent le régime de la consultation du public³¹. Ainsi, le premier paragraphe dispose que c'est le "projet de plan ou de programme (auquel est adjoint le rapport sur les incidences environnementales) qui est mis à la disposition du public. Viser un "projet", c'est à l'évidence se situer dans la perspective de la consultation d'amont. Cette option est renforcée par le contenu du deuxième paragraphe qui indique qu' "une possibilité réelle est donnée, à un stade précoce [...] au public d'exprimer, dans des délais suffisants leur avis sur le projet de plan ou de programme et le rapport sur les incidences environnementales avant que le plan ou le programme ne soit adopté ou soumis à la procédure législative". Une exégèse traduisant une crainte peut-être non fondée invite cependant à lire la directive comme suggérant qu'une consultation unique serait suffisante. Si tel devait être le cas, le texte communautaire serait sur ce point en retrait par rapport à la Convention d'Aarhus, dont on sait que l'article six évoque les "différentes étapes de la procédure de participation", et l'utilité d'organiser l'intervention du public "tout au long du processus décisionnel" (§ 3).

Le second aspect de l'inspiration commune concerne la prise en considération, au stade de la décision, des apports de la participation du public. En un mot, il s'agit d'éviter la mise en place de consultations alibis, en quelque sorte gesticulatoires, pensums procéduriers davantage que de procédure auxquels les pouvoirs publics se résigneraient, quitte à s'affranchir de ses enseignements au stade "souverain" de la décision.

Sur cet aspect, la Convention d'Aarhus emporte deux éléments pertinents. En matière de plans, programmes et politiques, l'article 7 renvoie au paragraphe 8 de l'article 6 qui précise que "chaque partie veille à ce que, au moment de prendre la décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération". S'agissant des dispositions réglementaires ou normatives générales, la formule de l'article 8 (dernier alinéa) se fait infiniment plus prudente: "les résultats de la participation du public sont pris en considération dans toute la mesure du possible".

Quant à la directive communautaire, elle consacre à ces problèmes son article 8 (Prise de décision), et sans doute surtout une partie de son article 9 (Information sur la

²⁸ L'esprit de la Convention d'Aarhus conduit à penser qu'il ne s'agit pas de possibilités strictement alternatives, mais que participation directe par l'intermédiaire des voies de la démocratie participative et activité traditionnelle de l'administration consultative peuvent se conjuguer.

²⁹ Cf. le préambule de la Convention, alinéa 15.

³⁰ Cf. Michel Prieur (s/dir), Stéphane Doumbé-Billé, Gérard Monédiaire: "Etude relative à la mise en place d'une procédure administrative de consultation et participation préalables à l'élaboration des textes réglementaires en matière d'environnement" – CRIDEAU, pour le Ministère de l'environnement, 185 p., 1994.

³¹ Le premier paragraphe de l'article 4 (obligations générales) se borne à rendre impossible une consultation du public ex post. "L'évaluation environnementale visée à l'article 3 est effectuée pendant l'élaboration du plan du programme et avant qu'il ne soit adopté ou soumis à la procédure législative".

décision). L'article 8 institue une obligation de prise en considération des avis exprimés par le public "pendant l'élaboration du plan ou programme concerné et avant que ceux-ci ne soient adoptés ou soumis à la procédure législative"³².

Quant à l'article neuf, il emporte un b particulièrement prometteur, sous la forme de la "déclaration" qui doit accompagner la décision, et qui doit être rendue publique. Son importance rend utile sa reproduction exhaustive:

"Une déclaration résumant la manière dont les considérations environnementales ont été intégrées dans le plan ou le programme et dont le rapport sur les incidences environnementales élaboré conformément à l'article 5, les avis exprimés en vertu de l'article 6 et les résultats des consultations effectuées au titre de l'article 7 ont été pris en considération comme le prévoit l'article 8, ainsi que les raisons du choix du plan ou du programme tel qu'adopté, compte tenu des autres solutions raisonnables qui avaient été envisagées".

Il n'est pas exagéré de déceler ici une mutation (ou un approfondissement) de l'art de décider, en matière de plans et programmes pour l'instant, plus largement pour ce qui concerne les actes réglementaires dans l'avenir. En effet, soumis à l'obligation d'exposer les modalités de l'intégration environnementale, les formes et contenus des prises en considération de différentes consultations dont celles émanant du public, enfin les critères comparatifs qui ont déterminé le choix à l'égard d'autres branches alternatives, le pouvoir de décision est tout simplement mis en demeure de motiver sa décision³³.

2. Les incidences sur les droits internes et le processus décisionnel communautaire

Il n'est pas douteux que le plus grand nombre des États-membres devront inventer une législation (ou une réglementation) afin de transposer certaines des dispositions qui viennent d'être analysées, la directive exprimant indubitablement davantage d'exigences procédurales que la Convention de la CEE/ONU. Il en ira pour une part de même en ce qui concerne le processus décisionnel communautaire, encore qu'à plusieurs égards il s'agira surtout d'aménager techniquement une pratique déjà établie, afin d'isoler, pour une meilleure identification, les contenus utiles de la Convention d'Aarhus et de la directive. Mais on doit fortement relever en quoi le système décisionnel de la Communauté peut, in globo, se présenter comme ayant pour une part notable anticipé le contenu de la Convention d'Aarhus, ne serait-ce qu'à raison de la règle de "pré-publication" au JOCE-C des projets de législation dérivée. Compte tenu des spécificités procédurales de cette dernière, on peut considérer que le processus communautaire satisfait à l'article 8 de la Convention d'Aarhus (participation du public durant la phase d'élaboration de dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale).

³² Sont également concernés par la prise en considération: le rapport sur les incidences environnementales, les avis des autorités détenant des responsabilités dans le domaine de l'environnement (désignées par les États-membres), ainsi que les résultats des consultations trans-frontières.

³³ Bien évidemment, la rédaction de la directive exclut la possibilité du recours commode à la technique laconique des "visas".

III – Conclusion

Raisonné en terme d'excellence contrastée entre les contenus de la Convention et de la directive atteint vite ses limites. L'essentiel est sans doute dans la congruence téléologique des deux textes, qui pour le surplus n'expriment pas le même type de normativité: de cette similitude d'inspiration résulte incontestablement un gain potentiel pour la démocratie participative, toutefois largement conditionné par les espaces de choix de modalités abandonnés aux États/parties/membres.

Quitte à se borner à l'essentiel, on doit au final relever deux points. En matière de champs d'applications respectifs d'une part, la directive communautaire n'a pas repris, en matière environnementale, l'opportunité de l'article 8 de la Convention qui concerne la participation du public à l'élaboration des normes réglementaires. Tel n'était pas, il est vrai, son propos, dès l'origine. En outre, il est probable que plusieurs États-membres auraient manifesté une forte réticence à l'égard de perspectives de modifications profondes de leurs procédures administratives non contentieuses dans le domaine de l'élaboration du règlement. Bien entendu, ces États seront à terme liés par leur ratification de la Convention d'Aarhus, mais avec des principes d'applicabilité et d'invocabilité nettement moins contraignants que ceux résultant d'une directive communautaire. Voici donc un domaine où l'exemple communautaire (cf. supra) peine à irriguer les procédures nationales.

S'agissant du droit procédural institué d'autre part, il faut rappeler, quitte à paraître insister, sur la fertilité de l'article 9 b de la directive, qui va incontestablement au delà des principes instaurés à Aarhus. Il est porteur d'une "civilisation" de la normativité, qui dans sa procédure même organise un dialogue entre intérêts de la société civile et autorités publiques, qu'il incombe à ces dernières bien entendu de clore, mais moins, symboliquement, par un acte de puissance publique et plus par un constat de raison démocratique de délibération sédimentée par des controverses loyalement conduites. C'est, si on veut, répondre à la fois avec un considérable retard historique, mais aussi par anticipation à l'égard de son contenu à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen selon lequel "La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration", et aussi à son article 6, en ce qu'il dispose que "La loi est l'expression de la volonté générale; tous les citoyens ont droit de concourir personnellement [...] à sa formation [...]". Manière de signifier que les novations du droit néomoderne (Ch. A. Morand) témoignent aussi de ce que "nous n'avons jamais été modernes" (Bruno Latour).

Enfin, et quitte à achever sur une note, sinon chagrine, au moins de perplexité, il convient de bien mesurer le sens d'une réaction française à la politique "d'ouverture" de la Communauté, au terme de laquelle la transparence démocratique du processus décisionnel pourrait avoir pour conséquence "d'inciter les protagonistes à aller débattre ailleurs"³⁴. Ce n'est pas faire injure au droit que de poser qu'il ne peut pas tout, étant peut-être à l'image du dieu de Hans Jonas: infiniment faible et ayant puissamment besoin des hommes pour contraindre tel ou tel aux principes de l'être ensemble du monde commun démocratique.

³⁴ Gérard Monédiaire article précité, p. 268, note 58.

Deux exemples à ce propos. Si l'option nucléaire française a connu le développement que l'on sait, c'est indubitablement par le truchement de programmes arrêtés de manière ténébreuse, et jamais cristallisés juridiquement. S'il est évident aujourd'hui pour beaucoup d'associations de défense de l'environnement que la filière porcine bretonne ayant enregistré qu'elle devait se résoudre à modérer son développement en Bretagne pour organiser son déploiement dans d'autres régions, et qu'elle le fait à travers un véritable programme, c'est en vain qu'on chercherait la trace juridique de ce dernier.

Bref: que faire des plans et programmes innomés, implicites, issus des puissances économiques privées ou des aristocraties corporatistes logées au sein de l'État, et qui savent qu'elles ont tout à gagner à planifier ou programmer in petto sans l'exprimer juridiquement?

SINDICATOS Y LIBERTAD SINDICAL EN ESPAÑA DOS DÉCADAS DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL

*Wilfredo Sanguineti Raymond**

1 Una “lectura optimista” del texto constitucional: la tesis de la funcionalidad política del sindicato

A diferencia de lo que ocurre con otros textos constitucionales modernos, la Constitución española de 1978 no se conforma con reconocer el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos (artículo 28.1) y constitucionalizar sus medios básicos de actuación (la negociación colectiva y la huelga, artículos 37.1 y 28.2), sino que opta por situar a estos – y a las asociaciones empresariales – dentro del privilegiado elenco de instituciones básicas del sistema constitucional. Estos comparecen, así, dentro del Título Preliminar (artículo 7), al lado de referencias tan emblemáticas como pueden ser las relativas a la forma de Estado (artículo 1), la unidad de la nación (artículo 2), la lengua y la capital (artículos 3 y 5), los partidos políticos y las Fuerzas Armadas (artículos 6 y 8) o la sujeción de todos a la Constitución (artículo 9). La razones de esta inclusión no parecen difíciles de vislumbrar. Se trata, tanto de ofrecer un expreso reconocimiento al papel de los sindicatos como instituciones portadoras de un proyecto de transformación democrática de la sociedad, seguramente en consonancia con el rol desempeñado por éstos en la etapa precedente, como de dar cuenta de su funcionalidad, en tanto instrumentos capaces de contribuir a que *la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*, para la consecución de los fines que al Estado social y democrático de Derecho atribuyen los artículos 1.1 y 9.2 de la propia Constitución.

Desde un inicio los esfuerzos de la doctrina se centraron en desentrañar el sentido de la referencia a la *defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios* como misión atribuida a los sindicatos por el precepto constitucional. Más allá de alguna interpretación en clave corporativista de la norma, la mayor parte de autores partieron de admitir ésta, aún prestándose a definiciones de ese tipo, era susceptible de una *lectura optimista*, capaz de ofrecer cobertura, no sólo a la actuación de los sindicatos como agentes contractuales, encaminados a obtener mediante la negociación colectiva la mejora de las condiciones de trabajo en la empresa, sino también a su desempeño como sujetos políticos en el plano de la sociedad global (Sala Franco, 1978: pág. 63 y Durán López, 1979: págs. 165-70).

Esta visión amplia del espacio funcional constitucionalmente asignado a los sindicatos terminaría por asentarse conforme la reflexión en torno a los alcances de la referencia del artículo 7 a la misión de defensa de los *intereses económicos y sociales* de

* Wilfredo Sanguineti Raymond é Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Salamanca, Espanha.

los trabajadores como cometido de dichas organizaciones se fue decantando en favor de la consideración entre los mismos, no sólo de los vinculados a su condición de sujetos de un contrato de trabajo, sino de *cuantos intereses generales exhiben los trabajadores por el hecho de serlo*, y se avanzó en ponerla en contacto con otros preceptos constitucionales que, bien excluyen que la acción política fuese atribuida en régimen de monopolio a los partidos (artículos 6 y 23.1, a través de los cuales se considera a éstos sólo *instrumento fundamental* para la participación política y se reconoce el derecho de los ciudadanos a intervenir en los asuntos públicos, *directamente o por medio de representantes*), bien atribuyen a los sindicatos cometidos relacionados con la gestión de asuntos de interés general (artículo 131.2, que asigna a éstos, junto a *otras organizaciones profesionales*, funciones de *asesoramiento y colaboración* para la elaboración de los proyectos gubernamentales de planificación de la actividad económica), o bien hacen referencia a otro tipo de organizaciones profesionales, reconociéndoles – a éstas sí – fines exclusivamente de defensa de los intereses profesionales de su integrantes (artículos 52, respecto de las *organizaciones profesionales* en general, y 127.1, específicamente en relación a los jueces, magistrados y fiscales, despojados del derecho de asociación sindical). Fue posible así afirmar, ya sin ambages, que “la actividad o actuación política no sólo no está constitucionalmente vedada al sindicato, sino que por añadidura dispone de un significativo anclaje en el sistema de la constitución” (Palomeque López, 1980: pág. 252).

Naturalmente, a través de este reconocimiento de la funcionalidad política del sindicato no se pretendía, ni favorecer una instrumentalización de la actividad de los sindicatos, haciendo posible que aquéllos “utilicen medios típicamente sindicales en apoyo de alternativas de los partidos políticos”, ni “conferir al poder sindical el alcance de poder político” (Rivero Lamas, 1982: pág. 119). De lo que se trataba era, en realidad, de poner de manifiesto dos ideas fundamentales. De un lado, la irreversible “expansión de los objetivos sindicales a áreas y zonas que anteriormente se habían entendido de puro significado político y ajenas a lo sindical (reforma educativa, reforma sanitaria, reforma fiscal, reforma de la vivienda y urbanismo, etc.)” (Rodríguez-Piñero, 1978: pág. 47). Y, del otro, la consecuente necesidad de actuación de los sindicatos como interlocutores institucionales de los Poderes Públicos, y no sólo de los empresarios, para la gestión de tales asuntos. Las referencias a la legitimidad de la búsqueda por parte de los sindicatos de metas políticas en sentido estricto son, en este sentido, marginales. Frente a ello, se optó más bien por poner de manifiesto que la función contractual “sigue siendo la función básica del sindicato”, por lo que “la asunción por éste de contenidos políticos en su acción, no implica, o no debe implicar, el abandono ni la pérdida de importancia” de la primera (Durán López, 1979: pág. 170).

Este interés de la doctrina por demostrar que la esfera de lo sindical trasciende el marco de las reivindicaciones de contenido económico-profesional, expresa en buena medida su insatisfacción por el papel subsidiario respecto de los partidos políticos desempeñado por el movimiento sindical durante la transición democrática. Conviene recordar que, a lo largo de todo este período, no sólo la concertación de la gestión económica global, sino incluso la de la política de rentas y las primeras medidas de reforma laboral y de la Seguridad Social, de la que son expresión los *Pactos de la Moncloa* (octubre de

1977), no fue realizada directamente con las organizaciones sindicales, sino a través de los partidos políticos. Aquellos se vieron, así, seguramente por razones de oportunidad, relegados al rol de meros “agentes subalternos de la democracia política y social” (Baylos Grau, 1988: pág. 10), a pesar de que su capacidad de movilización en favor de un cambio democrático durante la oposición al franquismo se había demostrado muy superior a la de los partidos. Detrás del énfasis doctrinal en pro del reconocimiento de un espacio de funcionalidad política al sindicato late, así, la demanda de asignación al mismo de un papel directo – y no subalterno – en la gestión de los dos grandes asuntos del momento: la consolidación democrática y la superación de la crisis económica.

Desde esta perspectiva, este tipo de construcciones sirven para preparar el terreno para lo que vendrá a continuación: la institucionalización de la participación sindical en los asuntos públicos, y su instrumentalización al servicio de una determinada forma de enfrentar las consecuencias de la crisis económica.

2 La “confirmación” del modelo: la institucionalización de la participación sindical como instrumento de mediación frente a la crisis

Los años que siguen a la aprobación de la Constitución son testigos del rápido ascenso de las organizaciones sindicales, del modesto rol de espectadores de la negociación de las medidas de ajuste frente a la crisis, al de interlocutores privilegiados de los Poderes Públicos para la gestión de las mismas. De la afirmación, en suma, del papel político de los sindicatos.

La razón que explica este cambio de actitud en cuanto a la conveniencia de la participación sindical en el manejo de los asuntos económicos y sociales radica en la necesidad del Estado de negociar con las representaciones de los trabajadores – y de los empresarios – el consenso necesario para la puesta en marcha, sin un alto nivel de contestación social, las políticas de rentas consideradas indispensables para afrontar la crisis económica.

El eco que esta demanda de colaboración encontrará en los sindicatos mayoritarios no se explica, sin embargo, como un puro ejercicio de responsabilidad. En realidad, éste hunde sus raíces en la paralela necesidad de dichas organizaciones de consolidar su posición institucional, superando su debilidad de partida, en un contexto económico y político dentro del cual dicho objetivo difícilmente podía ser alcanzado por la tradicional vía reivindicativa. En tales condiciones, resultaba para las centrales sindicales más ventajoso desplazar el eje de su actuación “desde el mercado de trabajo al mercado político”, en el que sus expectativas de afianzamiento podían ser más razonablemente satisfechas (Valdés Dal-Ré, 1997 a: pág. 179).

Los procesos de concertación social son expresión de este intercambio: consenso social frente a las medidas de ajuste a cambio de transferencias sociales y mayores prerrogativas legales para los sindicatos participantes. Naturalmente, el instrumento idóneo para su consagración no podía ser otro que el acuerdo social global, que exprese el consenso general alcanzado en cuanto a ambos extremos y cierre el paso a cualquier confrontación posterior. Expresión de ello son el *Acuerdo Básico Interconfederal* (ABI), de julio de 1979,

el *Acuerdo Marco Interconfederal* (AMI), de enero 1980, el *Acuerdo Nacional de Empleo* (ANE), de julio de 1981, el *Acuerdo Interconfederal* (AI), de febrero de 1983, y el *Acuerdo Económico y Social* (AES), de octubre de 1984. Todos son acuerdos globales, alcanzados con todas o algunas de las organizaciones sindicales mayoritarias. Y es significativo que estos pactos trataran, al lado de los contenidos futuros de leyes de excepcional trascendencia para el desarrollo de la actividad institucional de las organizaciones sindicales, como el Título III del ET, de la aceptación por parte de las mismas de las políticas estatales de contención salarial o fomento de la contratación temporal no causal.

El resultado es el asentamiento de lo que se ha venido en caracterizar como un modelo de *neocorporativismo* o *corporativismo negociado* en cuanto a las relaciones entre el Estado y los sindicatos. Un modelo dentro del cual, si por una parte el consenso de dichas asociaciones – y, de forma refleja, de las de empresarios – se convierte en un elemento decisivo para la legitimación de las decisiones políticas en materia social; precisamente por ello, dichas organizaciones adquieren un *status* cuasi público, en la medida en que asumen cometidos de relevancia general y actúan, por decisión de la ley, en nombre del conjunto de los trabajadores.

A esta publicación de los sindicatos contribuirán un conjunto de actuaciones legislativas y jurisprudenciales, todas ellas dirigidas a promover una institucionalización de dichas organizaciones refuerce la efectividad de su papel de mediadores sociales. Naturalmente, dichas intervenciones tendrán como destinatarios especiales a aquellos sindicatos que por su implantación o representatividad se encuentran en mejores condiciones de cumplir dicho rol.

Entre ellas merecen ser destacadas especialmente las siguientes:

- La tesis del Tribunal Constitucional sobre el carácter *institucional* de la representación de los trabajadores ejercida por los sindicatos (STC 70/1982, de 20 de noviembre), con arreglo a la cual éstos no actúan exclusivamente en nombre de sus afiliados, como correspondería de acuerdo a los esquemas del Derecho privado, sino de todo el colectivo cuyos intereses buscan defender, ejerciendo así sobre él una suerte de *representación legal implícita* (García Murcia, 1987: pág. 225).
- La institucionalización, como paradigma legal del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, del convenio de eficacia normativa y personal general (Valdés Dal-Ré, 1990), cuya negociación debía ser llevada a cabo, en los ámbitos supraempresariales, por determinados sujetos sindicales y empresariales especialmente cualificados por su representatividad. Estos acceden, así, a una situación de cuasi monopolio de la negociación en tales ámbitos, aunque condicionada al mantenimiento de un modelo de unidad de acción sindical, implícitamente impuesto por las rigurosas mayorías (60%) exigidas por el ET de 1980.
- La atribución a las organizaciones sindicales y empresariales mayoritarias de una capacidad general de ordenación o gobierno, no sólo de la negociación colectiva, sino del entero sistema de relaciones laborales, mediante la creación a través del artículo 83 ET de los acuerdos marco y el reconocimiento a los mismos de aptitud para regular, con el mismo carácter vinculante de los convenios estatutarios, tanto

la estructura de la negociación colectiva y como cualquier otra materia de alcance general.

- La introducción de la institución de la mayor representatividad sindical, inicialmente como medio de acceso a la negociación colectiva de eficacia general y luego como mecanismo de atribución a ciertas organizaciones de “una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical”, como reza el artículo 6.1 LOLS, soslayando el problema de la escasa afiliación sindical mediante la utilización para su medición de un criterio “externo” al sindicato, de claro paralelismo con el empleado en el sistema político, como es el de la audiencia electoral. Este tipo de intervención se encamina, antes que a reducir la concurrencia derivada de un régimen de libertad sindical, que tampoco se revelaba entonces especialmente intensa, a privilegiar la posición de ciertas organizaciones sindicales, consolidando su rol dominante dentro del sistema, en consonancia con las necesidades del modelo de macroconcertación diseñado desde los Poderes Públicos.
- O, en fin, la regulación por la Ley 4/1986 de las cesiones en uso a los sindicatos de los bienes del Patrimonio Sindical Acumulado, que permitirá afirmar a un autor que “todo el hecho sindical, si bien fundamentalmente el hecho de la mayor representatividad sindical, se halla asegurado, en su infraestructura material, por el Estado” (Baylos Grau, 1988: pág. 16).

Es importante observar que este esquema neocorporativo no responde a exigencias inequívocas del texto constitucional. Es cierto que el artículo 7 es susceptible de prestar apoyo a intervenciones de ese tipo. No obstante, no parece que de ello pueda deducirse la consagración de un modelo corporativo o neocorporativo de relaciones laborales. La Constitución reconoce capacidad a los sindicatos para operar como interlocutores de los Poderes Públicos, y lo hace además en relación a la tutela de los intereses de los trabajadores en su sentido más amplio, pero no prejuzga el tipo de relación que entre ambos pueda establecerse. Esta puede ocurrir, pues, tanto por cauces neocorporativistas como pluralistas sin dificultad alguna. La configuración de un sistema de tan marcado tinte neocorporativo obedece más bien a razones de oportunidad, vinculadas con la estimación del beneficio que una opción de ese tipo reporta a los distintos actores implicados. Una valoración que, evidentemente, puede ser objeto de revisión, de acuerdo con las circunstancias concretas de cada momento.

3 Límites del esquema neocorporativo: la crisis sindical y los intentos de replanteamiento de los resultados de la concertación

Ello será lo que ocurrirá a partir de 1986, cuando las centrales sindicales involucradas en los procesos de institucionalización e intercambio político empiezan a percibir que su implicación en la gestión de las políticas públicas de salida de la crisis entra en conflicto con el cumplimiento de su función tradicional de defensa de los intereses de los trabajadores e intentan superar esta contradicción mediante una revitalización de su

actividad reivindicativa, acicateada por lo demás por el inicio de un incipiente proceso de recuperación económica.

Naturalmente, en la base de este cambio de actitud, cuyo punto culminante viene dado por la huelga general del 14 de diciembre de 1988 en demanda de un “giro social” en la política del gobierno socialista, se sitúan los limitados resultados obtenidos por los sindicatos, más allá de lo relativo a su institucionalización, a través de los procesos de concertación. No debe perderse de vista que, si bien durante el período cubierto por la concertación la inflación se redujo y los salarios no crecieron más de los niveles previstos, el desempleo y la precariedad laboral se vieron fuertemente incrementados, a la vez que disminuyó la participación de los salarios en la renta nacional y se produjeron traumáticos procesos de clausura de actividades en el sector industrial (Gonzalez-Posada Martinez, 1988: pág. 29).

Es por ello que la primera reacción de las centrales sindicales vendrá dada por el intento de revertir, en un contexto más favorable, dichos resultados, inclinando la balanza del intercambio político esta vez del lado de los trabajadores.

Lo que de este modo se perseguía era, evidentemente, antes que un replanteamiento del método de actuación, que a fin de cuentas seguía estando basado en la búsqueda de un acuerdo social global con participación de los Poderes Públicos, un ajuste de sus resultados. El destinatario último de la acción y las reivindicaciones sindicales seguía siendo, de este modo, el Estado, y la forma de relación que se aspiraba a mantener con él no era finalmente otra diferente de la neocorporativa. Mediante la elección de esta estrategia, pues, lo que buscaban los sindicatos era recuperar desde el propio espacio político el elevado precio pagado en la etapa precedente en términos de reducción de su prestigio social como organizaciones reivindicativas a cambio de su institucionalización.

Este era, sin embargo, un objetivo difícilmente alcanzable exclusivamente por la vía propuesta, ya que, precisamente, entre las causas de la pérdida de capacidad de movilización de las centrales sindicales se encontraban, no sólo la política de concesiones que estas se vieron obligadas a realizar como contrapartida de su ascenso a un *status* privilegiado, sino precisamente este mismo hecho. No debe perderse de vista que dentro del esquema neocorporativo la acción sindical cotidiana, aquella que expresa el rol tradicional del sindicato como agente contractual, no sólo pierde importancia, sino que se supedita en sus resultados a los objetivos generales marcados por el intercambio político con el Estado. El rol del sindicato como sujeto político termina así por subordinar el de sujeto contractual. Y la aceptación por los Poderes Públicos por ser más relevante para éste que la de los propios trabajadores.

De este modo se pasa por alto que existe aún “un modo de legitimación de la implantación sindical”, basado en la defensa de los derechos de los trabajadores en las empresas mediante el uso de las herramientas tradicionales del método de actuación sindical, y que éste “no puede sustituirse de golpe por actuaciones manageriales” (Baylos Grau, 1988: pág. 40).

La exacerbación de la funcionalidad política de los sindicatos terminará, así, por sumirlos en una doble crisis: una crisis de identidad, en la medida en que conlleva la subordinación a objetivos “superiores” de su clásica función reivindicativa; y una crisis de representatividad, en la medida en que termina por desplazar el eje principal de su actividad hacia el exterior de los centros de trabajo, alejándolos de su base social. Una doble crisis de la cual sólo podían salir buscando mantener en el futuro “un cierto equilibrio entre su antigua concepción reivindicativa y su nueva posición mediadora” (Baylos Grau, 1988: pág. 18).

4 El tránsito hacia un modelo de corporativismo débil o atenuado: la concertación vía pactos concretos

Aunque no fuera éste su propósito, esta nueva estrategia de confrontación de los sindicatos marca el declive del modelo de concertación de los años precedentes. Frente a él adquirirá virtualidad, especialmente después de la huelga general de 1988, un esquema más flexible de diálogo social, que desecha por vez primera el propósito de alcanzar un acuerdo global, para asumir los caracteres de un proceso continuado, dotado de diferentes espacios de relación, y capaz de dar lugar a una diversidad de pactos parciales de distinto alcance, en función de las cuestiones tratadas y los sujetos implicados – en especial entre el Gobierno y los sindicatos (vid. Palomeque López y Alvarez de la Rosa, 2000: pág. 603). De esta etapa datan pactos de singular trascendencia, como los relativos a pensiones no contributivas, formación profesional, negociación colectiva de los empleados públicos o derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

Se asiste de este modo al tránsito hacia un modelo de *neocorporativismo débil o atenuado*, dentro del cual la macroconcertación se ve reemplazada por la suscripción de acuerdos sobre materias concretas. Naturalmente, en de este esquema plural, las contraprestaciones de contenido político impuestas a los sindicatos a cambio de nuevas cotas de poder y protección social están bastante más difuminadas que en la etapa precedente, al no verse ya supeditadas a la aceptación de una determinada política de rentas (Valdés Dal-Ré, 1997 a: pág. 181).

La explicación de este cambio en los esquemas de la concertación hay que buscarla en la falta de consenso de sus protagonistas sobre el contenido de un eventual acuerdo global, que se seguirá intentando alcanzar hasta 1989. Es recién en 1990, ante el fracaso de esta estrategia y el éxito de la huelga general, que se opta por el método de la negociación por separado de cuestiones concretas con distintos agentes sociales (Ojeda Avilés, 1990: págs. 171-179).

Progresivamente, sin embargo, “será la idea misma de la concertación social como proceso de adopción de decisiones políticas con fines de gestión global de la economía, la que terminará poniéndose en discusión” (Valdés Dal-Ré, 1997 a: pág. 181). En la base de esta crisis de credibilidad de la concertación, que se precipitará a partir de 1993, cuando fracasan las negociaciones dirigidas a la puesta en marcha del *Plan de Convergencia con la Comunidad Europea*, se sitúa un cambio en las prioridades de los demás actores sociales,

motivado por la irrupción de un conjunto de transformaciones, tanto de carácter ideológico y político, como económico-productivo, que los inducen a una reconsideración de las ventajas del intercambio propio de este tipo de sistemas. En la nueva etapa de intensificación de la competencia a escala comunitaria e internacional y de diversificación de las formas de organización productiva y empresarial que se abre en la década de los noventa, adquieren cada vez mayor relevancia para el Estado y los empresarios, frente a la meta tradicional de moderación de los costes salariales, otros objetivos, como el fomento de la competitividad de las empresas mediante el reforzamiento de la adaptabilidad de sus plantillas y la contención del déficit fiscal (Valdés Dal-Ré, 1997 a: págs. 180-181; Monereo Pérez, 1999: pág. 56; y Regini, 1990: págs. 16-19). Naturalmente, la consecución de estos objetivos no precisa ya de fórmulas de macroconcertación o mesoconcertación, sino más bien del fomento de negociaciones específicas, dirigidas a adecuar las condiciones de trabajo a las circunstancias de los sectores y empresas. Es por ello que, a partir de entonces, más que conseguir pactos globales con los agentes sociales que permitan controlar las variables macroeconómicas y alcanzar el consenso social, lo que buscarán los Poderes Públicos será transferirles la gestión de los procesos de adaptación de las condiciones de empleo de la fuerza de trabajo a las necesidades del mercado.

Este cambio de prioridades será el que traerá consigo el abandono de los pactos centralizados de los años ochenta y abrirá el camino a formas más abiertas, flexibles y autónomas de concertación, que empezarán a aflorar a partir de mediados de los noventa.

5 El difícil camino hacia la autonomía

La reforma laboral de 1994, puesta en marcha por el último gobierno socialista con una fuerte contestación sindical, responde al nuevo orden de prioridades apuntado. Esta marca un decisivo punto de inflexión en la política de intervención de los Poderes Públicos en el mercado de trabajo, en la medida en que supone el abandono de la estrategia de “fomento del empleo” y “flexibilización de las relaciones laborales” mediante la concesión al sector empresarial de ventajas, especialmente en materia de uso de la contratación temporal no causal, que contribuyan a vencer sus resistencias a la incorporación de nuevos trabajadores y favorezcan un uso más dúctil de la fuerza de trabajo, en favor de la conformación de un nuevo marco de ordenación de las relaciones laborales, dentro del cual desempeñe un lugar estelar la “adaptabilidad” a las transformaciones del entorno económico-productivo de las empresas.

Este es, sin embargo, un objetivo de difícil consecución exclusivamente desde la ley. De allí que el legislador de 1994 se propusiera, no sólo “introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos en las distintas fases del desarrollo de la relación laboral”, procediendo para ello a la puesta en marcha de importantes cambios en el régimen de la relación individual de trabajo, sino también “potenciar el desarrollo de la negociación colectiva como elemento regulador de las relaciones laborales”, “dada su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y las empresas”, atribuyéndole con tal fin “un conjunto de facultades de adaptación y modalización

– de negociación, en suma – que se proyectan en la práctica totalidad de las instituciones del Título I” del ET, conforme indica la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994.

Es importante observar, de todas formas, que este proceso de fortalecimiento del espacio de regulación de los convenios, que es propiciado por la reforma mediante una doble operación de reducción del acervo de derecho necesario estatal y transferencia de competencias de regulación a la autonomía colectiva, vino acompañado de otro de debilitamiento de la unidad y estabilidad normativas de los propios convenios. En este caso, el objetivo a conseguir era que su contenido “se ajuste lo más posible a las características de sus ámbitos de aplicación y a las condiciones tenidas en cuenta en el momento de su suscripción”, recurriendo para ello a mecanismos de fomento de la descentralización negocial. El desmontaje del poder ordenador de la negociación colectiva reconocido por el artículo 82.3 ET a las organizaciones más representativas de ámbito estatal o autonómico, puesto en marcha mediante el reconocimiento de la posibilidad de negociar en espacios superiores a la empresa convenios susceptibles de afectar lo dispuesto por otros de nivel superior, incluso a despecho de lo que pudiera haberse establecido a través de acuerdo marco (artículo 84, párrafos 2º y 3º), unido a la creación de mecanismos dirigidos a posibilitar el “descuelgue” a nivel empresarial de lo pactado en los convenios de nivel superior cuando ello sea necesario para una mejor atención de las necesidades empresariales (artículos 82.3, párrafos 2º y 3º, y 41.2, párrafo 3º), son expresión de cómo la tendencia a la diversificación de los tratamientos normativos no sólo afecta al nivel legal, sino también a la propia negociación colectiva, en relación con la cual se busca favorecer el particularismo frente a la homogeneidad mediante el desplazamiento de los procesos negociadores a espacios cada vez más reducidos (Sanguinetti Raymond, 2000).

La puesta a punto de este tipo de mecanismos deja entrever una marcada falta de confianza, no sólo en la capacidad de los agentes sociales de llevar a cabo una reestructuración del sistema español de negociación colectiva, sino en su aptitud para “gestionar y administrar el nuevo modelo de relaciones laborales diseñado por el legislador y asentado en el principio de adaptabilidad” (Valdés Dal-Ré, 1996: pág. 51). Nada hay en el diseño de la reforma de 1994 que estimule prácticas de concertación o diálogo social. Antes bien, su sino parece ser el de promover una suerte de microcorporativismo de signo diferenciador (Baylos Grau, 1999: pág. 249), claramente contrapuesto en su configuración y objetivos a dichas prácticas.

Pese a ello, una vez superada la fase inicial de contestación sindical, los propios fenómenos de repliegue de la protección estatal y fomento de la diversificación normativa terminarán por favorecer, no sólo un impulso de la actividad contractual de los sindicatos, que intentarán ocupar desde la negociación colectiva los espacios abiertos por la retirada de la ley e incluso poner en funcionamiento mecanismos de ordenación de la estructura negocial (Villavicencio Ríos, 1998: pág. 118), sino la recuperación del diálogo entre los agentes sociales del máximo nivel, que había permanecido en un período de letargo durante varios años.

Detrás de esta recuperación se sitúa la necesidad de ordenar y controlar unos procesos de negociación dotados de unos niveles cada vez mayores de autonomía, tanto en lo que respecta a la configuración de sus contenidos como de sus ámbitos de aplicación. No obstante, esta misma dinámica conducirá a dichos sujetos a abrir un espacio de negociación de más amplio alcance, en el que “se puedan concordar tanto las reglas comunes como diagnosticar las necesidades más acuciantes del sistema” (Gutierrez Vergara, 1997: pág. 35).

La afirmación de este ámbito autónomo de negociación entre las grandes organizaciones sindicales y empresariales tiene como primeros frutos dos acuerdos muy vinculados aún con la aplicación de la reforma de 1994: el *Acuerdo Interconfederal en Materia de Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo*, de octubre de ese año, a través del que se busca ordenar el proceso de derogación de las mismas previsto por la DT 2ª ET, y el *Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos* (ASEC), de enero de 1996, cuyo objetivo es el de sentar las bases del sistema de composición autónoma de conflictos colectivos que la reciente apertura de nuevos espacios de actuación a la autonomía colectiva hacía necesario. No obstante, alcanzará su máxima expresión durante la primera fase del nuevo gobierno, en la que se suscribieron los tres acuerdos interconfederales que integran el *corpus* de la reforma laboral de 1997: el *Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo* (AIEE), el *Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva* (AINC) y el *Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos* (ACV), todos de abril de 1997.

Como se ha observado, estos acuerdos son expresión de “una nueva extensión de funciones de la negociación colectiva”, que trasciende su rol tradicional para aparecer como “organizadora de aspectos centrales del marco regulador del sistema” (Baylos Grau, 1999: pág. 252), formulando no sólo propuestas de modificación normativa, sino ofreciendo soluciones a algunos de los problemas más importantes planteados por la reforma de 1994. Desde esta perspectiva, lo que los acuerdos de 1997 se plantean no es tanto poner en cuestión el retroceso de las formas de heterotutela estatal, como afrontar desde la autonomía colectiva la corrección de algunas de sus limitaciones, sin poner en cuestión la vocación de conjunto que lo informa. Ello implica que los sindicatos, luego de una fase inicial de lucha frontal contra el repliegue del Estado, descubren la importancia de los nuevos espacios abiertos por éste a su actuación autónoma e intentan hacer uso de ellos para asumir por vez primera funciones de gobierno del sistema. La diferencia entre las reformas de 1994 y 1997 no radica, así, sólo en el método consensual adoptado para su implantación, sino también en el contenido de las soluciones propuestas para los problemas planteados.

Esta característica puede ser apreciada en todos los acuerdos, incluido el AIEE. Aunque éste tiene por objeto “proponer a los Poderes Públicos las modificaciones normativas necesarias” para contribuir “a la mejora del empleo y a la reducción de la temporalidad y rotación del mismo”, y constituye por tanto “una manifestación propia del proceso político de concertación social, en el que la autonomía colectiva se encuentra en el origen y en el contenido de la norma estatal” (Palomeque López y Alvarez de la Rosa, 2000: pág. 611), buena parte de las soluciones que impulsa se basan en el reforzamiento del papel de la negociación colectiva, con tendencia a primar los niveles centralizados (vid. Casas

Baamonde, 1997: págs. 13-14). Más clara aparece esta tendencia en el ACV, cuyo propósito es “cubrir los vacíos de contenidos producidos por la desaparición de las Ordenanzas Laborales” en un contexto de repliegue de la norma estatal, ofreciendo una regulación básica de las condiciones de trabajo, aplicable a los sectores carentes de normas convencionales (vid. Valdés Dal-Ré, 1997 b: págs. 7-8). Lo mismo puede decirse, finalmente, del AINC. Si bien éste pacto responde al propósito de favorecer una recuperación del poder de las federaciones nacionales de rama, mermado por los cambios introducidos en 1994, y para ello opta por promover la adopción de convenios de ese ámbito, se cuida de no afectar los espacios abiertos a la negociación colectiva de los niveles inferiores, propiciando la puesta en marcha de procesos de articulación negocial. Ello supone que, antes que un retorno al estado de cosas precedente, lo perseguido es la creación de mecanismos que permitan que los procesos de diversificación se desarrollen conforme a las pautas marcadas en los niveles superiores y no de manera autárquica e incontrolada.

La reforma pactada de 1997 es expresión, de este modo, de un esquema distinto de concertación, cuya característica más relevante viene dada por su relativa autonomía respecto de los Poderes Públicos, tanto en lo que atiene al método elegido, ya que el intercambio político se plantea “como una resultante de la negociación autónoma entre las representaciones de intereses de trabajadores y empresarios” (Gutierrez Vergara, 1997: pág. 36), como a las soluciones propugnadas, que giran en gran medida en torno a la promoción del uso de los mecanismos negociales tradicionales como herramientas dirigidas a desarrollar funciones generales de gobierno del sistema con carácter alternativo o sustitutivo de la ley. Un esquema de concertación lleno de potencialidades, en la medida en que implica la afirmación de un “sistema autónomo de regulación de las relaciones de trabajo y empleo”, dentro del cual la negociación legislativa con los poderes del Estado constituye un mecanismo de expresión de lo previamente acordado (Baylos Grau, 1999: pág. 254), pero también sumamente frágil, en la medida en que su continuidad depende del mantenimiento del consenso sobre el intercambio de fondo que lo sustenta, basado en un equilibrio muy difícil de alcanzar entre la satisfacción de la demanda empresarial de mayor flexibilidad en cuanto al uso de la fuerza de trabajo y la aspiración sindical de un incremento de los niveles de seguridad en el empleo.

En principio, dentro de éste planteamiento “traslativo” de la concertación, el rol de los Poderes Públicos se circunscribe a actuar como soporte de la efectividad de los acuerdos, ya sea proporcionando el apoyo que éstos requieren para su ejecución, o posibilitando la recepción legal de sus contenidos, adoptando en su caso medidas de refuerzo. Esta visión del Estado como mero receptor de los frutos del diálogo social, no se corresponde del todo con la realidad de los hechos. De un lado porque el mismo ha actuado como impulsor de las negociaciones, comprometiéndose a asumir sus resultados. Pero, del otro, porque dichos procesos de concertación bilateral y “recepticia” han venido acompañados de otros de negociación entre el Estado y los agentes sociales, tanto de forma conjunta como separada, dirigidos a la discusión de cuestiones diversas, vinculadas con aspectos concretos de la intervención del Estado en las relaciones laborales o con los problemas de la protección social.

De allí que durante toda la etapa de florecimiento de los pactos autónomos, la concertación más tradicional, basada en la suscripción de acuerdos bilaterales o tripartitos sobre materias concretas alcanzó importantes resultados (entre otros, el *Acuerdo para la Reforma del Plan de Empleo Rural*, suscrito con UGT y CC.OO. en octubre de 1994, el *Acuerdo sobre consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social*, suscrito con esas organizaciones en octubre de 1996, al *Acuerdo para el empleo y la protección social agrarios*, firmado también con UGT y CC.OO. en noviembre de ese año o, en fin, al *Acuerdo de Bases sobre la política de formación profesional*, de carácter tripartito, del mes de diciembre del mismo año). Y es por esta razón también que, agotado en 1998 el consenso entre los agentes sociales que permitió la reforma pactada del 97, luego del fracaso de las negociaciones promovidas por el Gobierno para la consecución de un acuerdo tripartito sobre trabajo a tiempo parcial, la concertación pudiese continuar entre el Estado y las confederaciones sindicales, dando lugar, no sólo a la aprobación del pacto en cuestión sin la participación de la patronal (*Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad*, de noviembre de 1998), sino incluso a algún acuerdo parcial con uno de los sindicatos (*Programa de incentivos para el empleo estable para 1999*, suscrito sólo por CC.OO.).

La oportunidad para retomar el singular esquema de concertación puesto en marcha en 1997 se presentará cuatro años más tarde, con ocasión de las negociaciones iniciadas por los agentes sociales con el patrocinio del Gobierno con el objeto de evaluar la aplicación de los pactos alcanzados entonces y proponer las medidas de ajuste requeridas en esta etapa por el mercado de trabajo español. El desarrollo del proceso, cuyo desenlace es a estas alturas de sobra conocido, ha servido para poner de manifiesto hasta qué punto las condiciones que hicieron posible la reforma de 1997 no resultan fácilmente repetibles, pese a encontrarse formalmente presentes también en esta ocasión todos los elementos que la acompañaron: la declarada voluntad de los negociadores de profundizar en el objetivo de mejora de la calidad del empleo y el explícito compromiso del ejecutivo de propiciar una recepción a nivel legislativo de lo pactado. Fue así como, rápidamente pudo ponerse de manifiesto que el alejamiento de posiciones entre patronal y sindicatos alcanzado en 1998 con ocasión de las negociaciones en torno a la reforma del contrato a tiempo parcial era en realidad expresión de una falta de sintonía bastante más intensa en cuanto a la manera de abordar el problema de la precariedad del mercado de trabajo español. Si bien el punto de partida de la negociación fue aquí más o menos similar al de 1997 (la demanda empresarial de una reforma de la regulación del despido dirigida a reducir su coste, frente a la propuesta sindical de introducción de limitaciones al uso de los contratos de duración determinada), los participantes en el proceso no fueron esta vez capaces, ni de alcanzar un compromiso entre ambas formas de intervención, como el que en su momento expresó la creación del “contrato para el fomento de la contratación indefinida”, ni de proponer medidas alternativas para afrontar los problemas apuntados. Ello ha supuesto el cierre, al menos por el momento, de la prometedora vía de intercambio negociado entre estabilidad y flexibilidad abierta en 1997.

A este cambio en la actitud de los interlocutores sociales hay que añadirle, sin embargo, otro en la postura asumida ahora por el Gobierno ante las negociaciones. Seguramente reforzado por la obtención de mayoría absoluta, que le hace depender menos del consenso para la puesta en marcha de sus políticas, el mismo ha optado en esta ocasión, no sólo por dar a conocer de antemano sus puntos de vista sobre las cuestiones tratadas, introduciendo con ello un claro factor de desestabilización de las negociaciones (Escudero Rodríguez, 2001: pág. 101), sino por asumir una suerte de postura arbitral ante la falta de acuerdo, pasando a recoger de forma selectiva a través del RD-Ley 5/2001 aquellas propuestas esbozadas por las partes a lo largo de las tratativas que ha considerado más positivas (Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde, 2001: pág. 4). El resultado ha sido una nueva reforma del mercado de trabajo que ha sido considerada, no sin razón, como desequilibrada e insuficiente, en la medida en que, amén de recoger de forma preferente los planteamientos de uno de los sectores de la negociación (Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde, loc. cit.), incluye un catálogo de medidas francamente insuficiente para afrontar las graves deficiencias del mercado laboral español (Escudero Rodríguez, 2001: págs. 102-103). Ello hace prever nuevas reformas en un futuro no necesariamente mediato. Unas reformas en las que el diálogo social tendrá una nueva oportunidad para emerger.

6 Hacia una redefinición de las relaciones entre el intercambio político y la actividad contractual de los sindicatos

De lo dicho hasta aquí se desprende que, antes que la emergencia de nuevo modelo de concertación social, lo que la experiencia desarrollada a partir de mediados de los noventa permite poner de manifiesto es, más bien, una ampliación de los espacios de desarrollo de la actividad concertativa de los sindicatos, capaz de expresarse de muy diversas formas y en muy distintos ámbitos: desde la negociación colectiva en sentido estricto, dentro de la cual aparecen cada vez más implicados en la ocupación de los espacios abiertos en los últimos años; pasando por las relaciones con las organizaciones patronales de nivel federal y confederal, de forma conjunta con las cuales buscan asumir funciones, tanto de ordenación de la propia contratación colectiva como de propuesta de soluciones de alcance general para las necesidades más acuciantes del sistema; hasta llegar al intercambio político con los Poderes Públicos, que se dirige a la consecución de acuerdos concretos que busquen, bien garantizar la efectividad de pactado en los otros ámbitos, o bien favorecer la adopción de determinadas opciones de política laboral.

Esta revitalización ha venido acompañada de un incremento de la capacidad de los sindicatos de impulsar un proyecto autónomo de ordenación de las relaciones laborales, basado en la promoción de la autonomía colectiva como elemento vertebrador del sistema y la preservación de determinados mecanismos de tutela de la posición de los trabajadores que se sitúan en la base de su capacidad de desarrollo institucional, como la estabilidad en el empleo, a cuyo fomento y compatibilización con las demandas empresariales de flexibilidad han dedicado un esfuerzo de concertación muy importante en los últimos años, aunque no siempre coronado por el éxito, como se ha podido comprobar.

Ambos fenómenos son expresión de la capacidad de respuesta de las centrales sindicales al nuevo contexto de los años noventa, y al nuevo patrón de relaciones entre ellos y los Poderes Públicos que emerge como consecuencia de los cambios operados. Un patrón de relaciones dentro del cual, si bien legitimación social de las decisiones gubernamentales no deja de constituir un valor, por más que la intensidad con la que se la busque pueda variar en función del momento político por el que se atraviere, ésta deja de depender de la aceptación global de ciertas opciones globales de política económica, como ocurrió a lo largo de los ochenta, para basarse en la adopción de compromisos de carácter singular. Unos compromisos que, por su propia naturaleza, no excluyen ya de forma generalizada el conflicto ni condicionan el desarrollo de la actividad contractual de los sindicatos. Antes bien, esta actividad se ve ahora impulsada desde la ley, que se repliega para dejar paso a la negociación colectiva.

Al no excluir *per se* el conflicto y reivindicar un espacio para el desarrollo de su rol como agentes contractuales, este nuevo esquema creará condiciones favorables para que éstos superen su anterior crisis de identidad, producto de la contraposición entre sus funciones mediadora y reivindicativa en la que los introdujo el modelo de corporativismo centralizado predominante la década de los ochenta, redescubriendo en este proceso su identidad como organizaciones de defensa de los intereses de los trabajadores en el marco de las relaciones de producción. Un redescubrimiento que resulta esencial incluso para el reforzamiento de su propio rol como sujetos políticos. No debe perderse de vista que las organizaciones sindicales sólo conseguirán ser sujetos políticos con auténtico peso dentro de la sociedad, únicamente en la medida en que logren configurarse, paralelamente, como sujetos contractuales fuertes. Es decir, en tanto cuenten con el respaldo y la adhesión de los trabajadores, por ser capaces de gestionar adecuadamente sus intereses en los distintos ámbitos en los que éstos se expresan, y no sólo en el terreno del intercambio político.

7 La diversidad y fragmentación como retos de futuro del sindicalismo

Lo dicho hasta aquí no debe hacer perder de vista que el contexto social y productivo emergente de finales de la década de los noventa en las sociedades desarrolladas, incluida la española, no es ya el mismo que los sindicatos se encontraron a la entrada en vigor de la norma constitucional. El ascenso de un nuevo modelo de desarrollo económico, basado en la desregulación de los mercados, la apertura a la competencia a escala internacional y el fomento de la competitividad de las empresas, ha determinado el afloramiento de nuevas formas de organización del trabajo y la producción, resultado de la progresiva erosión del modelo tradicional de fábrica fordista o taylorista, las cuales imponen retos inéditos al sindicalismo.

Los últimos años son testigos de cómo, mientras el sector terciario de la economía gana espacios frente al industrial, los tipos de empresa se diversifican y fragmentan, dando lugar a nuevas modalidades de organización basadas en el establecimiento de formas más o menos estables de colaboración entre unidades productivas independientes entre sí (concentraciones, grupos, redes de empresas, etc.), en tanto que el tamaño medio de las

empresas disminuye y cobran importancia las estrategias de descentralización productiva. Estos fenómenos vienen acompañados de una correlativa diversificación y fragmentación de la composición de la clase trabajadora, dentro de la cual se reduce el espacio del sector obrero industrial y adquiere cada vez más relieve el personal con funciones técnicas y de planificación; a la vez que adelgaza el núcleo de operarios fijos a jornada completa y se incrementan los trabajadores “desiguales”: temporales, a tiempo parcial, fijos discontinuos, “a distancia” (en su forma arcaica, que remite al trabajo a domicilio, y en su versión moderna, donde emerge el “teletrabajo”), contratados a través de empresas de trabajo temporal, e incluso autónomos dependientes económicamente de ciertas empresas, para las que cumplen encargos de forma preferente o exclusiva.

Si bien el afloramiento de estos fenómenos no autoriza a pronosticar la desaparición sin más, ni del sistema fordista, ni del trabajo industrial, es evidente que la doble fragmentación que introducen en un escenario hasta entonces caracterizado por su homogeneidad, crea grandes dificultades para el desarrollo futuro de la acción sindical, sobre todo a nivel empresarial. Igualmente, hace bastante más difícil que en el pasado la realización de una síntesis equilibrada de los distintos intereses en juego por parte de las organizaciones sindicales.

Nada hay en ellos, sin embargo, que permita cuestionar la necesidad de la acción sindical. Antes bien, es posible afirmar que la refuerza. No debe perderse de vista que los ajustes que los procesos de reestructuración empresarial y productiva imponen en las condiciones de vida y trabajo de cada vez más personas permiten augurar una situación reiteradas tensiones sociales en el futuro. Naturalmente, en este contexto, los sindicatos están llamados a cumplir una importante función mediadora, dirigida a conseguir una racionalización de estos procesos (Escudero Rodríguez, 1994: pág. 98). Puede afirmarse, por ello, que si bien “la composición de las sociedades resulta hoy en día más compleja, y los intereses de sus componentes son hoy más fragmentados y heterogéneos que los de antaño”, “también la estabilidad del orden social depende, hoy aún más que ayer, de la capacidad de las organizaciones sindicales y patronales de expresar esa diversidad al tiempo que contribuyen a la realización del interés general” (Supiot et al., 1999: pág. 187).

No obstante, para cumplir esa función mediadora, los sindicatos han de asumir organizativa e ideológicamente la diversificación de espacios e intereses en curso, adoptando soluciones imaginativas ante realidades y problemas nuevos. Para ello, seguramente tengan especial interés aquellos planteamientos que apuntan hacia una mayor sectorialización de las propuestas sindicales, de forma que sean capaces de prestar más atención a los intereses de determinados colectivos (mujeres, trabajadores precarios, mandos intermedios, etc.); una potenciación de la acción sindical de base, dirigida a favorecer su penetración en las pequeñas y medianas empresas (Redondo, 1994: págs. 218-220); un replanteamiento de los espacios de actuación sindical y desarrollo de la negociación colectiva, que preste atención a las unidades emergentes de organización empresarial y busque convertirlas en espacios de contratación (Casas Baamonde, 1999: págs. 95-99); un incremento de la capacidad de los sindicatos de atender los intereses individuales, potenciando la tutela de los derechos de la persona del trabajador y fomentando una mayor participación y control

de los productores sobre su trabajo; o, ya en el límite de las fronteras del sindicalismo, un replanteamiento de la relación con los trabajadores autónomos sujetos a dependencia económica, que haga posible una equiparación de éstos a los asalariados al menos desde la perspectiva de los mecanismos de organización y tutela colectiva (Sanguineti Raymond, 1996: págs. 59-71).

Naturalmente, esta adecuación de la praxis sindical a la creciente complejización del tejido social y empresarial no está reñida con el desarrollo de prácticas de concertación y diálogo social. Si bien la diversificación de las estrategias de los actores sociales que estos procesos imponen convierte en inadecuadas las fórmulas de macroconcertación del pasado, persiste la necesidad de desarrollar una política dirigida a la consecución de acuerdos específicos que aborden las principales necesidades de adaptación de un sistema de relaciones laborales en constante transformación (Escudero Rodríguez, 1994: pág. 98).

Esta combinación de estrategias a nivel general y específico no resulta fácil. Máxime tratándose de un sindicalismo como el español, caracterizado por combinar unos elevados índices de audiencia electoral e influencia global con un limitado respaldo afiliativo (García Murcia, 1987: pág. 216). Sin embargo, en ese proceso se juegan estas organizaciones su futuro como instituciones y su peso político y social. No debe perderse de vista que, de no responder a los retos planteados, los sindicatos pasarán seguramente a convertirse en organizaciones burocráticas, representativas de un núcleo cada vez más reducido de trabajadores. Y, en esa medida, su participación pasará incluso a ser prescindible para los Poderes Públicos.

El futuro de los sindicatos depende, pues, de su capacidad de proporcionar respuestas satisfactorias a las demandas de un mundo del trabajo caracterizado por su heterogeneidad y movilidad. Ello no tiene porqué inducir a planteamientos pesimistas sobre su continuidad. Estos son organizaciones surgidas de la experiencia histórica de los propios trabajadores, con el objeto de ofrecer una respuesta autónoma a la situación de inferioridad en la que los había sumido la aplicación a las relaciones laborales de las reglas del libre mercado. A lo largo de su andadura han demostrado poseer una gran capacidad, tanto de resistencia a las agresiones como de adaptación a las necesidades de cada momento. Nada hace presagiar que ello no ocurrirá en el futuro. Al fin y al cabo, como se ha afirmado, “el individuo continúa necesitando una base colectiva incluso en la era del individualismo” (Däubler, 1994: pág. 82).

BIBLIOGRAFIA

A. BAYLOS GRAU (1988), “Institucionalización sindical y prácticas neocorporativas. El caso español (1977-1987)”, *Revista de Trabajo*, núm. 91.

A. BAYLOS GRAU (1999), “La intervención normativa del Estado en las relaciones laborales colectivas. 1987-1997”, en F. MIGUELEZ y C. PRIETO, *Las relaciones de empleo en España*, Madrid, Siglo XXI.

- M. E. CASAS BAAMONDE (1997), “Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre estructura de la Negociación Colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 10.
- M. E. CASAS BAAMONDE (1999), “Nuevas tendencias de la negociación colectiva en la Unión Europea”, en AA.VV., *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo.
- W. DÄUBLER (1994), “¿Salidas de la crisis? Reflexiones para un cambio de los sindicatos”, en F. VALDÉS DAL-RÉ (Coordinador), *Sindicalismo y cambios sociales*, Madrid, CES, 1994.
- R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (2001), “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”, *Relaciones Laborales*, núm. 10.
- F. DURÁN LÓPEZ (1979), “El papel del sindicato en el nuevo sistema constitucional”, *Revista de Política Social*, núm. 121.
- R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (1994), “Logros y retos de la mayor representatividad sindical en la década de los noventa”, en F. VALDÉS DAL-RÉ (Coordinador), *Sindicalismo y cambios sociales*, Madrid, CES.
- GARCÍA MURCIA (1987), *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid, Ministerio de Trabajo.
- E. GONZALEZ-POSADA MARTINEZ (1988), “Democracia política y sistema sindical en España: datos para su comprensión”, *Revista de Trabajo*, núm. 91.
- A. GUTIERREZ VERGARA (1997), “Las relaciones laborales entre la ley y el pacto”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3.
- J. L. MONEREO PÉREZ (1999), *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova.
- A. OJEDA AVILES (1990), “El bilateralismo como respuesta (impropia) a la crisis de la concertación”, en A. OJEDA AVILÉS (Director), *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel.
- M.-C. PALOMEQUE LÓPEZ (1980), “El sindicato como sujeto político”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos.
- M.-C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ALVAREZ DE LA ROSA (2000), *Derecho del Trabajo*, Madrid, CEURA.
- N. REDONDO (1994), “Objetivos del sindicalismo”, en F. VALDÉS DAL-RÉ (Coordinador), *Sindicalismo y cambios sociales*, Madrid, CES.
- M. REGINI (1990), “El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de nuevas formas de concertación”, en A. OJEDA AVILÉS (Director), *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, Ariel.
- J. RIVERO LAMAS (1982), “Configuración y fines de los sindicatos en la Constitución”, en AA.VV., *El trabajo en la Constitución*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza.

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (1978), “El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales”, en AA.VV., *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Murcia, Ilustre Colegio de Abogados.

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RÉ y M. E. CASAS BAAMONDE (2001), “La reforma del mercado de trabajo ‘para el incremento del empleo y la mejora de su calidad’”, *Relaciones Laborales*, núm. 7.

T. SALA FRANCO (1978), “La libertad sindical en el proyecto constitucional”, *Argumentos*, núm. 14.

W. SANGUINETI RAYMOND (1996), “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, *Temas Laborales*, núm. 40.

W. SANGUINETI RAYMOND (2000), *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo blanch.

A. SUPIOT el alt. (1999), *Trabajo y Empleo*, Valencia, Tirant lo blanch.

F. VALDÉS DAL-RÉ (1990), “El paradigma legal en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, T. I.

F. VALDÉS DAL-RÉ (1996), “El sistema español de relaciones laborales: una aproximación”, *Relaciones Laborales*, núm. 1-2.

F. VALDÉS DAL-RÉ (1997 a), “La legislación laboral negociada”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 3.

F. VALDÉS DAL-RÉ (1997 b) “El Acuerdo de cobertura de vacíos”, *Relaciones Laborales*, núm. 11.

A. VILLAVICENCIO RÍOS (1998), *Los acuerdos marco sobre la estructuración de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Granada, Comares.

ARTIGOS PUBLICADOS NOS VOLUMES ANTERIORES

BOLETIM CIENTÍFICO N. 1

- Ação civil pública em matéria tributária – Reflexões sobre a posição do STF – p. 77
- Algumas razões para escolher e acreditar na igualdade ou porque ninguém quer ser estrangeiro – p. 83
- Anotações sobre reexame necessário em sede de ação civil pública – p. 73
- Direito Penal Militar – Buscando alguns fundamentos que justifiquem sua repercussão penal – p. 91
- Ministério Público e as questões de segurança e saúde no trabalho (O) – p. 65
- Ministério Público e o acesso à justiça penal (O) – p. 41
- Ministério Público e o controle penal na globalização econômica – p. 23
- Ministério Público Federal e o CADE na Lei Antitruste (O) – p. 125
- Publicar ou perecer – p. 101
- Registro de agrotóxicos e controle social – p. 9
- Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos – p. 111
- Responsabilidade civil dos pais – p. 33
- Sistema penal militar dos EUA (O) – p. 119
- Tratados internacionais de proteção de direitos humanos e hermenêutica constitucional – p. 53

BOLETIM CIENTÍFICO N. 2

- Access to justice under article 6 of the European Convention on Human Rights – p. 127
- Assistente do Ministério Público e as alegações finais no processo penal militar (O) – p. 115
- Discriminação no trabalho e ação afirmativa no Brasil – p. 83
- Escola de Justiça e Cidadania – Reflexões para um projeto pedagógico (A) – p. 109
- Medidas alternativas: estrutura necessária para aplicação, fiscalização e avaliação – p. 53

- Ministério Público e a titularidade privativa do *jus postulandi* para a ação penal pública e procedimentos incidentes – p. 47
- Notas sobre consumo e o conceito de consumidor – Desenvolvimentos recentes – p. 37
- Papel do Ministério Público do Trabalho após a Conferência Mundial contra o Racismo em Durban – África do Sul (O) – p. 123
- Persecução penal pública no CPP tipo e na reforma processual penal (A) – p. 15
- Princípio constitucional da justa indenização na desapropriação para fins de reforma agrária (O) – p. 91
- Princípios constitucionais do Ministério Público – p. 69
- Reedição de medidas provisórias: exemplo marcante de decisão de cunho político do STF (A) – p. 9
- Revitalizando o Estado do Bem-Estar Social: internacionalização e globalização – p. 27

BOLETIM CIENTÍFICO N. 3

- Ação civil pública em matéria tributária – Reflexões sobre a posição do STF – p. 41
- Aplicação da pena no direito militar – Análise comparada – p. 49
- Dois conceitos do político – p. 63
- Efeitos das crises econômicas globalizadas nas relações de trabalho – p. 105
- Idéias viajantes: igualdade formal e igualdade material (As) – p. 55
- Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política – Perspectivas para o seu estudo – p. 21
- Mutações do Estado brasileiro: repercussões na organização judiciária e construção da nação – p. 85
- Phrónesis* aristotélica, a equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual (A) – p. 35
- Responsabilidade civil do membro do Ministério Público (A) [*palestra*] – p. 117

Tutela dos interesses individuais homogêneos no direito processual do trabalho: ação civil coletiva ou ação civil pública? (A) – p. 9

BOLETIM CIENTÍFICO N. 4

Brasil antes e depois do Pacto de San José (O) – p. 81

Caso da Penitenciária “Urso Branco” – Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 18 de junho de 2002 – p. 159

Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto constitucional brasileiro (A) – p. 73

Defesa do interesse da União em erradicar formas contemporâneas de escravidão no Brasil (A) – p. 133

Dez anos da adesão brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos (1992-2002) (Os) [*palestra*] – p. 153

Gramática dos direitos humanos (A) – p. 13

Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do Direito Internacional e o Direito Interno (O) – p. 51

Implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos e os trabalhadores rurais sem-terra de Eldorado do Carajás (A) – p. 129

Influência da Convenção Americana de Direitos Humanos no processo penal brasileiro (A) – p. 111

Justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas (A) – p. 35

Velha perspectiva moderna do Direito: análise das garantias processuais penais da Convenção Americana de Direitos Humanos sob a ótica dos tribunais brasileiros (A) – p. 99

BOLETIM CIENTÍFICO N. 5

Ação civil pública e a Justiça do Trabalho: conservadorismo judiciário vs. efetividade da jurisdição (A) – p. 59

Aplicação de medidas socioeducativas privativas de liberdade e direitos fundamentais – p. 9

Crime militar culposo (Do) – p. 47

Desigualdades jurídicas – Povos indígenas, favelados e sem-terras – p. 69

Independência funcional e o princípio da unidade (A) – p. 89

Papel da Procuradoria Militar na fiscalização da aplicação do direito humanitário internacional (O) – p. 121

Prevenção de atribuição como expressão do princípio da unidade de atuação do Ministério Público (A) – p. 21

Renda mínima como direito no plano interno e internacional (A) – p. 27

Resolución de conflictos en el ámbito de la criminología (La) – p. 125

Voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social (A) – p. 107

BOLETIM CIENTÍFICO N. 6

Apontamentos acerca do princípio constitucional do acesso à Justiça – p. 9

Assédio moral nas relações de trabalho (O) – p. 91

Autoria nos crimes societários e o novo Código Civil – p. 111

Portador de deficiência e o idoso no novo Código Civil (O) – p. 135

Princípio da identidade física do juiz – p. 57

Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil (A) – p. 117

Sigilo bancário e o resguardo da intimidade e da vida privada (O) – p. 37

Sistema processual acusatório e o juizado de instrução (O) – p. 47

Sonegação e impunidade – Miséria de direito e de justiça: um choque de realidade – p. 69

Terrorism and the applicability of International Humanitarian Law: the Mujahir Case – p. 99

BOLETIM CIENTÍFICO N. 7

Defesa do contribuinte como função institucional do Ministério Público (A) – p. 101

Dez anos da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (Os) [*entrevista*] – p. 155

Filiação partidária dos membros do Ministério Público Federal na redação original da Lei Complementar n. 75/93 (A) – p. 111

História da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Da) – p. 151

Membro do Ministério Público como agente político (O) – p. 39

Ministério Público do Trabalho após a Lei Complementar n. 75/93 (O) – p. 141

Ministério Público e o Poder (O) – p. 11

Ministério Público na Constituição brasileira – Sua natureza, princípios e estrutura (O) – p. 49

Notas sobre a Lei de Ofício como decorrência necessária da Lei Complementar n. 75/93 – p. 133

Poder requisitório do Ministério Público e a inoponibilidade de sigilo (O) – p. 65

Políticas públicas e controle social – p. 75

Tratados internacionais – Novos espaços de atuação do Ministério Público – p. 81

BOLETIM CIENTÍFICO N. 8

Arbitragem e mediação – Incompatibilidade com a destinação institucional do Ministério Público – Inconstitucionalidade do inciso XI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93 – p. 15

Bioética e Justiça [*conferência*] – p. 163

Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar – Amplitude e limites de sua competência (Da) – p. 67

Democracia nos partidos políticos – p. 83

Derecho de huelga e interés comunitario: los criterios de solución de un conflicto entre derechos fundamentales – p. 27

Eficácia dos direitos fundamentais sociais (A) [*conferência*] – p. 151

Execução de decisões judiciais de Cortes Internacionais contra Estados soberanos – p. 121

Jurisdição universal (A) – p. 11

Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos – p. 137

Nomeação do Procurador-Geral da República (A) – p. 75

Poder investigatório do Ministério Público (O) – p. 133

Políticas criminais contemporâneas – Ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus (As) – p. 99

Validade e eficácia das normas no ordenamento jurídico brasileiro – A revogação pelo costume: desuso e costume negativo em face da pauta interpretativa da proporcionalidade – p. 51

BOLETIM CIENTÍFICO N. 9

Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural – p. 189

Argumentos para o uso de instrumentos de Direitos Humanos na implementação do Direito Internacional do Meio Ambiente – p. 49

Aspectos jurídico-ambientais da utilização dos cursos d'água internacionais – p. 31

Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural – Alguns aspectos – p. 161

Direito Ambiental Internacional e terrorismo: os impactos no meio ambiente – p. 75

Eficácia do fundo de reconstituição previsto na Lei n. 7.347/85 como instrumento de tutela ao meio ambiente (A) – p. 95

Federalismo, amianto e meio ambiente – p. 169

Formação e transformação do conhecimento jurídico ambiental – p. 61

Função socioambiental da propriedade e o novo Código Civil (A) – p. 179

Licenciamento ambiental da pesca e a licença a cargo da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca – Comentários aos artigos 23 e 27, inciso XV, da Lei n. 10.683/2003 (O) – p. 11

Mecanismos de cooperação internacional para redução de emissões sob o Protocolo de Quioto (Os) – p. 139

Perigos dos alimentos manipulados geneticamente [*palestra*] – p. 197

Princípio da precaução em Direito Internacional do Meio Ambiente (O) – p. 113

BOLETIM CIENTÍFICO N. 10

Aspectos constitucionais da transposição do regime celetista para estatutário – p. 85

Autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno (A) – p. 53

Competência criminal nos crimes contra a fauna – *p. 31*
“Defendant Class Actions” – O grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil – *p. 139*
MPDFT e a reforma da previdência – A leitura certa das linhas tortas (O) – *p. 99*
Perícia: sua relevância nos processos em geral e na atuação do MPU – *p. 107*

Poder Constituinte – *p. 119*
Princípios constitucionais do Ministério Público, ainda – *p. 11*
Proteção legal do acesso a informações sobre atividades causadoras de impactos ambientais (A) – *p. 73*
Racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil – *p. 173*
Relação jurídica constitucional da moradia – *p. 155*

NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de pequenos artigos, de autoria, preferencialmente, de membros e servidores do MPU, que versem sobre matéria jurídica ou afim; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU, do extrato de notícias e de eventos da Escola. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira, com no máximo vinte laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquete de 3 ½ polegadas, no formato RTF (*Rich Text Format*), acompanhados de prova impressa do texto, processado em *Word for Windows*, fonte *Times New Roman*, corpo 12, margem superior 3,0 cm, margem inferior 2,5 cm, margem esquerda 3,0 cm, margem direita 2,0 cm, rodapé 2,0 cm, espaçamento simples entre linhas e antes e depois de parágrafos 6 pt, em papel A4, ou por meio eletrônico, para o endereço < editoracao@esmpu.gov.br >.
- 1.4. As notas de rodapé de página devem obedecer à mesma fonte do texto, corpo 10, sem espaçamento entre linhas e com numeração progressiva.
- 1.5. A citação deverá obedecer à mesma fonte do texto, corpo 11; recuo de 2,5 cm.
- 1.6. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 1.7. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais há de ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico*.
- 1.8. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, autorização para sua publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.
- 1.9. O Conselho Editorial da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais.

2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos a seus autores.
- 2.8. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

