



REVISTA DA fesp

periódico de diálogos científicos

ISSN 1982-0895



CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.
v. 1, n. 7, (mar. 2010). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da
Paraíba, 2010

ISSN 1982-0895

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU: 34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. *Título do artigo*. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2010, vol. 1, p. 00-00. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA

REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.

ISSN: 1982-0895

EXPEDIENTE

Diretora Presidente: Maria Goretti de Assis Laier

Diretor Administrativo-pedagógico: Luiz Henrique Barbosa

Diretor Financeiro: Marcelo Henriques da Silva

Coordenadorias

Coordenação do Curso de Direito: Eduardo Cavalcanti

Coordenação de Prática Jurídica: Débora Peter

Coordenação de Monitoria e Estágio: Fernando Monteiro

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Fernando Monteiro

Direção Editorial

Fernando Monteiro

Valéria Fernandes Pereira

Comitê Editorial Interno:

Antonio Carlos Iranlei *FESP*

Eduardo Cavalcanti *FESP*

Fernando Monteiro *FESP*

Goretti de Assis Laier *FESP*

Luciana Vilar de Assis *FESP*

Raissa de Sena Xavier *FESP*

Socorro Menezes *FESP*

Wladimir Alcebíades *FESP*

Comitê Editorial Externo:

Alexandre Cavalcanti Belo – UFPB

Edísio Ferreira de Farias Júnior - UEPB

Gustavo Henrique Cordeiro Galvão de Souza – FAVIP/PE

Marco Antônio Martins – UFSC

Antonio da Silva Campos Junior - UFCG

Maríla Marques – UFCG

Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas – FAVIP/PE

Sônia Barreto – UFSE

Sorainy de Oliveira Mangueira - UFAM

Sueli Arnoud - UFPB

Editoração da Revista:

Valéria Fernandes Pereira *FESP*

Sumário

Sistemas tradicionais e estratégias de desenvolvimento

Manoel Alexandre C. Belo

..... 7

A proteção jurídica aos direitos fundamentais do consumidor inadimplente

Anne Augusta Alencar Leite Reinaldo

..... 20

Criminalidade organizada: abordagem crítica e aspectos controvertidos

Eduardo de Araújo Cavalcanti

..... 32

Retrospectiva histórica do sindicato no Brasil: da Era Vargas à atuação internacional no Mercosul

Luciana Vilar de Assis

..... 45

Direito comparado: ciência ou técnica? Algumas reflexões em torno de sua natureza jurídica

Antônio Carlos Moreira

..... 63

A subjetividade do ônus objetivo da prova

Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva

..... 77

As parcerias público-privadas no plano internacional: experiências marcantes

Jossano Mendes de Amorim

..... 84

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

..... 98

EDITORIAL

Depois de formar sua primeira turma de bacharéis em Direito, a FESP Faculdades passou a ostentar ditosamente, e com toda modéstia, a excelente avaliação do MEC – nota 4. Contudo, é pertinente lembrar que nenhuma grande obra é levada a efeito na ausência de desafios; podemos lhes afiançar: não foram poucos.

E como o processo educacional é um fazer continuado, a FESP Faculdades, na pessoa de seus diretores, coordenadores, corpo docente e funcionários, cada vez mais procura se empenhar para que os resultados tornem-se melhores.

A Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos, nesta 7ª Edição, é um dos recursos disponibilizados que vem desempenhando papel fundamental na proposta da instituição. Nós, a FESP Faculdades, estamos somente cumprindo compromissos assumidos no nosso Projeto Político Pedagógico e com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9394, de 20 de dezembro de 1996.

E por falarmos em LDB, vale a pena ressaltar o nosso comprometimento com a mesma.

Em seu Capítulo IV, Art. 43, inciso IV destaca: *“promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação”*. Acredito que nosso Periódico de Diálogos Científicos atenda tal demanda.

No inciso VI, a LDB insta em “estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade”. Vale frisar a presença do ESMAJ – Escritório Modelo de Assistência Jurídica – junto à comunidade.

O inciso VII entende como finalidade da Educação Superior: “promover a extensão, aberta a população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição”. A FESP Faculdades acaba de disponibilizar sua Câmara de Mediação e Arbitragem, onde além de proporcionar à comunidade uma maior celeridade em algumas questões jurídicas, e, *ipso facto*, cidadania, cumpre com sua função social.

Como já o dissemos, nossa única pretensão é continuar com o mesmo empenho para que os resultados se façam sempre mais gratificantes. Uma promessa? Não, simplesmente um compromisso.

Fernando Monteiro
Coordenador de Monitoria, Estágio, Pesquisa e Extensão

ARTIGOS

Manoel Alexandre C. Belo *

RESUMO: O artigo trata do processo de desenvolvimento nas áreas em transição (sistemas transicionais, subdesenvolvidos ou emergentes), identificando estratégias possíveis de superação dos obstáculos que impedem a realização de suas aspirações. Para tanto, detém-se sobre a programação do desenvolvimento, sublinhando os atores que, na sua dimensão nacional e internacional, podem contribuir efetivamente para a concretização do processo.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Estratégias. Políticas públicas. Democracia participativa. Globalização.

ABSTRACT: The paper treats about development process in areas of changes (transitions system, underdevelopment or emergent), identifyng possibles overcome strategies of obstacle what obstruct the fulfilment of self longing. So much, keeping on the development programming, underlining the actors what in self national and international dimension can to contribute for a process conclude.

Key-words: Development. Strategies. Public political. Participant democracy. Worldwide.

* Mestre em Direito pela UFSC. Mestre e Doutor de Estado em Ciência Política pela Université des Sciences Sociales de Toulouse (França). Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba.

1. O desenvolvimento como processo

Os estudos sobre o processo de modernização das sociedades em transição incidem cada vez mais sobre os aspectos políticos que o caracterizam. Isto ocorreu não apenas porque se descobriu que tal processo podia ser objeto de novos enfoques acadêmicos, mas também porque a própria realidade desses países se transformou em assunto eminentemente político.

De modo geral – e em contraponto ao que acreditavam os economistas clássicos – a promoção do desenvolvimento e a modernização da sociedade humana derivaram, progressivamente, de estratégias racionais, elaboradas e aplicadas mediante decisões políticas. Provavelmente, esse aspecto do desenvolvimento foi obscurecido pelo fato de que a evolução do capitalismo foi relativamente espontânea e, também, porque era o único sistema em progressão – pelo menos até o advento do marxismo-leninismo.

Atualmente, esse problema não tem mais relevância, visto que o próprio capitalismo se converteu em um sistema politicamente protegido e no qual a relação estreita entre as esferas política e econômica se tornou bem mais visível. Essa relação é ainda mais evidente ao se contemplar os hoje raros sistemas socialistas, que dependem ainda da planificação centralizada e politicamente dirigida como instrumentos de controle e de orientação do desenvolvimento.

Assim, em razão da intensidade das expectativas, das pressões sociais e do caráter particular que tem assumido ultimamente, o processo de desenvolvimento, nos sistemas emergentes, transformou-se em importante e imediata meta política, para a qual se orienta, positiva ou negativamente, o processo político das áreas envolvidas. A necessidade do desenvolvimento, bem como a de controlar suas conseqüências, contribui decisivamente para determinar as linhas básicas da ação política nessas regiões. Em meio a uma dinâmica social extremamente crítica, com mazelas historicamente crônicas, o desenvolvimento passou a ser visualizado como o principal antídoto contra a insatisfação popular.

Portanto, revela-se insuficiente qualquer compreensão puramente econômica do desenvolvimento. É verdade que pode ser proveitoso o conceito de desenvolvimento econômico, bem como os de desenvolvimento cultural, social ou político, considerados isoladamente. Na medida em que as atividades econômicas, culturais ou políticas são objetivamente destacáveis do conjunto das atividades sociais e se tornam suscetíveis de estudos segundo categorias próprias, do mesmo modo é procedente conceber um processo de desenvolvimento como econômico, social, cultural ou político. Importa, entretanto, ter

sempre em mira o que há de expediente metodológico em tais conceituações. Com efeito, todos os subsistemas da sociedade se correlacionam estruturalmente, e se é certo que se desdobram em planos dotados de relativa autonomia – o econômico, o social, o político e o cultural – não é menos certo que apenas por abstração se pode conceber qualquer desses planos à margem da concepção geral do sistema, definido aqui como um todo interdependente. Muito embora o desenvolvimento econômico possa preceder o político e funcionar como suscitador deste último (como aconteceu na Inglaterra nos séculos XVIII e XIX), ou, ao contrário, possa o desenvolvimento político preceder e provocar o econômico (como sucedeu na antiga União Soviética), ocorre sempre uma interdependência estrutural entre os diversos planos do processo histórico-social.

O desenvolvimento, pois, deve ser mensurado como um processo social global. Só por facilidade metodológica, ou em sentido parcial, é que se pode descrever o desenvolvimento como econômico, social, político ou cultural.

2. A programação do desenvolvimento

Em sentido amplo, entende-se por programação do desenvolvimento a técnica de suscitar determinados resultados mediante uma intervenção deliberada no subsistema econômico, fundada no conhecimento racional deste e orientada de conformidade com um plano. Em sentido mais estrito, compreende a aplicação de uma política econômica, em geral do Poder Público, que vise a obter resultados através de planos apropriados.

É certo que a intervenção programadora do Estado não é recente. Contudo, somente a partir da I Grande Guerra se empreenderam esforços conscientes e relativamente eficazes de planejamento, que tiveram origem, fundamentalmente, em três fontes: (a) o socialismo; (b) a política anticíclica, e (c) a programação do desenvolvimento econômico.

Para o socialismo teórico, antes da Revolução Russa, em outubro de 1917, o planejamento, ou, melhor dizendo, a *planificação*, era uma necessidade decorrente da supressão do *livre mercado*. Firmou-se, então, a possibilidade abstrata de se atender, com a planificação, as funções que desempenha o mercado nas economias capitalistas.

Com a Grande Depressão, em 1929, a economia capitalista, embora sem necessidade de planejamento para a fixação do valor de seus produtos, passou a dele necessitar para recuperar um padrão apropriado de emprego e disciplinar, de modo amplo, a oferta e a demanda, o investimento e o consumo.

A terceira fonte, vinculada à programação do desenvolvimento para os sistemas transicionais, subdesenvolvidos ou emergentes, teve início com os planos quinquenais soviéticos, a partir de 1928. No Ocidente, teve lugar, de modo sistemático, só após a II Grande Guerra. Os países emergentes se deram conta de que a programação do desenvolvimento tinha o mérito de alcançar, por esforço deliberado e racional, resultados melhores do que aqueles advindos da atuação espontânea do mercado ou de condições favoráveis ao crescimento econômico.

Essencialmente, toda programação envolve duas etapas: a da *preparação dos planos* e a da sua *execução*. A primeira se subdivide em três momentos: (a) o da *análise* ou *diagnóstico* da situação; (b) o da *escolha dos objetivos* a alcançar no quadro da situação, e (c) o da *determinação dos meios* necessários para que, em tal situação, sejam alcançados os objetivos eleitos.

A segunda etapa, relativa à execução dos planos, comporta igualmente, embora de forma nem sempre tão nítida, uma subdivisão em dois momentos: (a) o da *implantação* dos novos mecanismos legais e administrativos ou das novas entidades públicas ou privadas que permitirão atingir os fins previstos, e (b) o da *operação* desses mecanismos, com vistas àqueles fins.

Na medida mesma em que a programação é uma técnica de desencadear determinados efeitos no processo histórico-social, o que importa, sobretudo, é sua *eficácia*. Esta depende, por um lado, de sua *validade* enquanto plano, e, por outro norte, de sua *vigência* como norma, isto é, da efetiva observância de seus comandos pelos agentes que deveriam cumpri-lo.

A validade do plano, por seu turno, depende da efetividade de seus três momentos formativos. Quanto aos *meios*, importa ainda distinguir, dentre eles, aqueles em sentido amplo – que consubstanciam as medidas mediante as quais se pretende alcançar os objetivos previstos (a tal grupo pertencem a política a ser adotada e os projetos a ela inerentes), e aqueles em sentido estrito, que constituem as motivações ou causas em virtude das quais se pretende que sejam concretamente executados a política e os projetos constantes dos planos (a este grupo pertencem os incentivos e os desestímulos, as ordenações e as proibições, através dos quais se visa assegurar a vigência da programação).

Já as condições de vigência de um plano dependem, em seu âmbito interno: (a) de sua validade, quer no tocante à acuracidade da análise da situação, quer no referente à racionalidade dos objetivos, ou em relação à propriedade dos meios, em sentido amplo, adotados para o alcance desses fins, e (b) na adequação aos limites e aos objetivos do

sistema de incentivos e desestímulos, de ordenações e proibições, visando a assegurar sua observância. Além disso, tal vigência depende ainda de circunstâncias externas à programação, as quais, em princípio, podem e devem ser levadas em conta pelo plano no diagnóstico da situação, mas que, por hipótese, ultrapassam sua área de condicionamento (é o caso, por exemplo, de fatos imprevistos supervenientes à sua concepção, e que podem decorrer de calamidades públicas, eventos políticos, crises econômicas etc.). A forma pela qual são considerados, ou escolhidos, ou executados, os diversos elementos da programação acima referidos, define as diversas modalidades que ela pode assumir.

Em suma, a programação do desenvolvimento “é uma técnica de racionalização cuja validade depende da consistência com que se haja analisado a situação, eleitos objetivos compatíveis com a situação e compatíveis entre si, e adotados, para realização desses objetivos, os meios para tal apropriados. Sua vigência, como norma, depende, intrinsecamente, da perduração das circunstâncias externas ao plano por ele assumidas como tal” (JAGUARIBE, 1972, p. 33).

É evidente que está se lidando, aqui, com perspectivas futuras. Mas, como diria Alan Greenspan, o ex-todo poderoso *chairman* do *Federal Reserve Board*, “todos nós temos a capacidade inata de ponderar probabilidades, dom que ajuda a orientar nossas ações em todos os campos da atividade humana, desde assuntos triviais até questões de vida ou morte. Nem sempre acertamos nesses julgamentos, mas eles sem dúvida foram bastante eficazes para permitir a sobrevivência e a multiplicação da espécie humana. Os modernos formuladores de políticas econômicas expressam esse processo decisório em termos matemáticos, mas o fato é que os seres humanos já avaliavam probabilidades muito antes de desenvolverem as equações matemáticas que hoje validam o processo (...). Felizmente para os formuladores de políticas, constata-se certo grau de continuidade histórica na maneira como funcionam as sociedades democráticas e as economias de mercado. Esse encadeamento nos permite remontar ao passado e inferir estabilidades intrinsecamente persistentes que, embora não se revistam da certeza atribuível às leis físicas, mesmo assim oferecem uma janela para o futuro, capaz de proporcionar mais segurança que os resultados aleatórios dos jogos de cara e coroa”. E, adotando o *insight* de Winston Churchill, conclui: “Quanto mais se recua na observação do passado, mais se avança no futuro” (2007, p. 450).

Por outro lado, a programação do desenvolvimento tanto se pode fundamentar na idéia de que o desenvolvimento espontâneo é um caso estatisticamente raro ou historicamente irrepetível, como, diversamente, na idéia de que a programação apenas acelera, no sentido do desenvolvimento, os processos que espontaneamente a ele conduziram, embora mais

vagarosamente. Essas duas perspectivas correspondem (além de definirem distintas concepções do desenvolvimento), às duas possibilidades com que, em princípio, pode se relacionar a programação ao processo do desenvolvimento: precedência da programação ao processo ou precedência do processo à sua programação.

Jaguaribe (1972, p. 36) cita a Inglaterra e algumas de suas ex-colônias, como os EUA e o Canadá, como exemplos de um processo de desenvolvimento espontâneo (ou quase) que, subseqüentemente, já no século passado e depois de atingidos os mais altos níveis de desenvolvimento econômico e político, foi submetido a deliberada programação, no intuito de acelerar o desenvolvimento social.

De modo inverso, a antiga União Soviética constitui exemplo típico de um desenvolvimento deliberadamente programado, a partir de uma situação preexistente que se caracterizava pela estagnação e pela dissociação entre a nação e os empórios industriais estrangeiros nela estabelecidos.

As questões que se apresentam a esse respeito são as mais diferenciadas, posto que se referem tanto à questão factual de como é possível a programação em uma comunidade “estagnada” ou “involutiva”, como à questão axiológica de como determinar a validade de uma programação para uma sociedade não capacitada a formar um consenso sobre seus objetivos.

Nesse sentido, desde logo é possível afirmar que em uma sociedade totalmente estagnada ou involutiva não existem condições para uma programação do desenvolvimento enquanto se mantenha inalterado o *equilíbrio de estagnação*, ou seja, na medida em que se mantenha inalterado o *statu quo*. Em tais casos, faz-se necessário que algum novo fator rompa o equilíbrio de estagnação: o contato com outras sociedades, a alteração das relações entre as condições de subsistência e a população, por exemplo. Ademais, o próprio processo involutivo pode gerar alterações ou reações no sistema como um todo.

A programação precede o processo de desenvolvimento nos sistemas em que, no âmbito da prevalente estagnação ou involução, determinados grupos ou estratos sociais reivindicam um regime de participação mais favorável e compatível com os interesses fundamentais da sociedade, visualizada em seu conjunto.

Em qualquer sociedade estagnada, o avanço no regime de participação de um grupo ou estrato determinados só pode se realizar, ou através de um processo espoliativo – em detrimento dos demais grupos e estratos e provocando ou acelerando a involução do sistema – ou por deliberado esforço de desenvolvimento, via uma programação apropriada. A primeira solução é limitada: *socialmente*, ao estrato dirigente; *economicamente*, às decrescentes possibilidades de espoliação de uma economia involutiva; e, *politicamente*, pela reação

crescente que a espoliação tende a suscitar nas camadas espoliadas. Diversamente, o projeto de desenvolvimento – que é a solução alternativa, tende a conciliar as aspirações de melhoria de determinado estrato com os interesses mais gerais da comunidade.

Em uma sociedade que já se encontra em processo de desenvolvimento econômico, porém, todos os estratos sociais, inclusive o dirigente, tendem, em tese, a melhorar seu regime de participação. A programação, aqui, inclina-se em direção às tendências em marcha, e se apresenta, *a priori*, como sua aceleração e racionalização. Nesse caso, os problemas mais comuns que aparecem são aqueles atinentes à repartição social dos futuros benefícios e aos sacrifícios alocados a cada estrato no processo de evolução.

No que concerne à determinação antecipada da validade de uma programação, só é viável, em termos incontroversos, se houver um consenso social, isto é, naqueles sistemas já dotados de um grau de desenvolvimento suficiente para permitir um entendimento a respeito de seus objetivos mais relevantes. É claro que se pode determinar a validade de uma programação – ao menos teoricamente – pelo viés de uma análise apropriada, à luz das ciências sociais, das informações estatísticas etc. Tal projeção, todavia, só será concludente para os que a puderem julgá-la em função de seu mérito científico intrínseco, sem nenhum critério objetivo que permita predeterminar sua validade. Assim sendo, em tais casos apenas o decurso do tempo poderá, pelo êxito, confirmar seus acertos.

Por outro prisma, os sistemas transicionais, em regra, somente podem preparar sua programação mediante escolha, por via autoritária, dos objetivos a alcançar e dos meios, em sentido amplo, para tal mais adequados. Quando o processo do desenvolvimento não dispõe de condições hábeis para iniciar-se espontaneamente, apenas a decisão de promovê-lo – por parte do grupo ou estrato social que, de acordo com o que foi observado a esse respeito, lançou-se a esse empreendimento – poderá fundamentar qualquer programação. Desse modo, constitui condição peculiar aos sistemas nos quais a programação precede o processo do desenvolvimento, que tal programação tenha de ser realizada por via autoritária, sendo ainda que a validade do programa não pode ser predeterminada por nenhum critério incontroverso, que independa do entendimento científico dos planos.

Vale salientar, contudo, que a via autoritária acima descrita não é – ou, pelo menos, não deve ser – ilegítima, no sentido pleno do termo, nem despótica. Portanto, deve-se distinguir o autoritarismo na iniciativa da programação e na escolha de seus objetivos (através de um sistema de incentivos e desestímulos), do autoritarismo com relação aos meios, em sentido estrito, para a execução dos planos. O primeiro, como já exposto, é a condição mesma para que se instaure o esforço programado do desenvolvimento em uma sociedade

estagnada. O segundo, por sua vez, tem fulcro em severas cominações administrativas e se caracteriza por um esquema amplo de ordenações e proibições. A opção entre os dois sistemas é determinada pela medida em que os objetivos do programa sejam mais ou menos compatíveis com a livre iniciativa dos agentes.

Não há dúvida, deveras, que existe uma certa correlação entre o primeiro e o segundo gêneros de autoritarismo. Não raras vezes as mesmas condições de acentuado subdesenvolvimento que impõem a decisão autoritária de programação exigem – face à disparidade das expectativas suscitadas pela excessiva heterogeneidade dos regimes de participação – graves sanções administrativas para tornar possível a execução dos planos. Acrescente-se, igualmente, que as programações autoritárias, por razões que lhes são inerentes, tendem a superestimar a eficácia das ordenações e proibições como meios lícitos de assegurar a vigência dos planos, em especial porque estas podem ser mais facilmente conduzidas a assegurar vantagens abusivas ou espoliativas ao estrato dirigente do que as programações consensuais.

Resumindo, a programação varia conforme suceda ou preceda ao processo do desenvolvimento: no primeiro caso, objetivando acelerá-lo, pode ser organizado em bases consensuais, tendendo a manifestar-se apreciável coincidência entre os objetivos do plano e a livre iniciativa dos agentes; no segundo, visando a suscitar o processo do desenvolvimento, a programação é imposta por linha autoritária, apoiando-se em severas cominações, visto que a extrema diversidade dos regimes de participação impede a formação de um consenso em torno dos objetivos e prejudica os critérios de determinação, *a priori*, de sua validade.

Por último, convém considerar brevemente as *condições políticas* da possibilidade de programação do desenvolvimento nos sistemas transicionais. Seriam condições, externas à validade do plano, que dizem respeito às expectativas do poder público proceder, de forma concreta, à elaboração e à execução da programação. Elas abrangem três ordens de possibilidades: (a) as condições de viabilidade da comunidade politicamente independente se desenvolver como Estado nacional, reduzindo as desigualdades regionais e sociais; (b) as condições de superação da crise social induzida pelo *efeito de demonstração* (ou seja, aspirações influenciadas e reforçadas pelo exemplo e propaganda das sociedades desenvolvidas); e (c) as condições de superação da crise política, em sentido estrito, decorrente da falta de representatividade no processo de formação e exercício do poder e das conseqüentes incompatibilidades entre esse processo e os fins de determinada programação.

3. Desenvolvimento e participação social

A partir dos elementos acima expostos, é possível deduzir que processo do desenvolvimento está umbilicalmente ligado com um vasto número de forças sociais, econômicas, políticas e culturais. Tais forças, atuando em uma situação complexa de interação, concentram-se no sistema político, que é o núcleo gerador das decisões relativas ao desencadeamento desse processo.

Nos sistemas em transição, a execução dos programas de desenvolvimento exige mudanças de largo alcance nas formas de relacionamento entre as pessoas e entre estas e o Poder Público. O ideal seria que tais mudanças se orientassem no sentido de uma sociedade mais aberta e melhor integrada, na qual todos pudessem opinar não apenas sobre a composição dos governos locais, regionais ou nacionais, mas também em relação às políticas públicas a serem implementadas. Mudanças desse tipo correspondem a um critério mínimo para qualquer estilo de desenvolvimento admissível: o aumento da capacidade da sociedade para funcionar, a longo prazo, em benefício do conjunto de seus membros.

Por outra parte, é preciso compreender que o *direito ao desenvolvimento* situa-se hoje no contexto dos direitos humanos fundamentais, positivado inclusive na ordem internacional. Exemplo disso é a Resolução 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986, que aprovou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, reconhecendo, entre outros fins, “o desenvolvimento como processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”. Da mesma forma, na Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente, em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, afirma-se “o Direito ao Desenvolvimento como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais”.

Mais recentemente, na Conferência Internacional sobre o Financiamento para o Desenvolvimento (Monterrey, México, 22 de março de 2002), foi aprovada declaração pretendendo pressionar a comunidade internacional no sentido de mobilizar recursos financeiros gerados pela atividade do comércio mundial para os países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Adotou-se, no caso, a concepção de que a principal medida compete aos Governos Nacionais, para mobilizarem recursos financiadores do próprio desenvolvimento. Todavia, aquela Assembleia reconhece que os resultados advindos das

negociações comerciais multilaterais devem se constituir em reservas promotoras do desenvolvimento (SILVA, 2004, pp. 44-47).

No contexto do Estado brasileiro, o direito ao desenvolvimento é qualificado como objetivo fundamental da República (art. 3º da Constituição Federal). Isso implica na necessária realização de políticas públicas voltadas à efetivação do comando constitucional, visando a garantir um melhor nível de subsistência, um maior equilíbrio na distribuição da renda e condições de vida mais saudáveis, em um ambiente de liberdade, justiça e solidariedade.

Partindo do pressuposto de que o grau de desenvolvimento não deve ser mensurado, apenas, pelas condições materiais de que dispõe uma sociedade para o seu bem-estar, Amartya Sen completa: “...os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza (...). Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo” (2001, p. 29).

Mas é insuficiente definir o direito ao desenvolvimento unicamente pelo seu norte constitucional ou pela legislação correlata. O sistema jurídico brasileiro oferece às instituições a possibilidade da *participação popular* em torno da implementação e configuração de políticas públicas. É certo que a inclinação da Administração Pública, na atualidade, passa pela adoção de novos métodos de agir, “baseados na *cultura do diálogo* e na oitiva das divergências sociais, seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapondo-se à atuação da sociedade civil (...). As relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, pois a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. A Administração, logo, em muitos casos, deve-se postar em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade. Ao lado dos mecanismos tradicionais de coerção, injunção e do constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passa a utilizar principalmente a orientação, a persuasão, a ajuda” (PEREZ, 2004, pp. 218, 219).

Na concepção de Perez, três fatores básicos fundamentam a adoção pelos ordenamentos jurídicos hodiernos dos institutos de participação popular (audiências e consultas públicas, planejamento e orçamento participativos, ouvidorias, conselhos deliberativos etc.) na Administração Pública: (a) no plano político, a evolução da democracia e as dificuldades enfrentadas pelo modelo *liberal-representativo*; (b) no plano administrativo, a superação do *paradigma weberiano*, ou ainda, a emergência de um novo modelo administrativo para fazer face às propaladas crises do Estado de Bem-estar e do próprio Direito Administrativo, conduziram à regulamentação crescente de institutos de participação popular, com vistas voltadas à eficiência do serviço público; à colaboração mútua entre sociedade e Poder Público; à transparência da Administração e, afinal, à busca de consentimento e adesão dos administrados; e (c) no plano institucional, o desenvolvimento de uma conceituação material de Estado de Direito, na qual os institutos de participação popular na Administração Pública devem ser vistos como instrumentos necessários à efetivação dos direitos fundamentais, ou dos direitos humanos, destinando-se ao aperfeiçoamento do controle da Administração Pública (pp. 203,204).

Conclui-se, pois, que decorre hoje da democracia brasileira, tal como estruturada na Constituição de 1988, na legislação correlata e na prática administrativa, um verdadeiro princípio jurídico, o *princípio da participação*, que passa a ser rotulado como requisito prévio da perfeita concretização da ordem democrática e do desenvolvimento nacional.

4. Desenvolvimento e globalização

A despeito das inevitáveis resistências locais, vimos surgir, nos últimos tempos, a perspectiva de um mundo sem fronteiras. Os arautos dessa perspectiva sublinham, entre as vantagens elencadas, que esse “novo mundo” propiciaria o controle assegurado sobre toda a superfície da terra, especialmente em razão do desenvolvimento das comunicações e do respeito à democracia e aos direitos humanos (ARNAUD, 2007, p. xviii).

Abstraindo o fato de que isso poderia ocultar uma ingerência mais intensa sobre o processo de desenvolvimento das áreas em transição, é preciso reconhecer que não é possível conceber um processo evolutivo, para tais áreas, sem a cooperação internacional.

É justo considerar, ainda, que o direito internacional sofreu uma extraordinária evolução, não se cingindo apenas ao “direito dos Estados”. Trata-se, hoje, de um direito voltado também para a salvaguarda dos direitos humanos, estabelecendo mecanismos próprios de atuação, supervisão e controle, com vistas a assegurar a proteção do ser

humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância. Isso transparece na medida em que esse “novo direito” atribui expressamente funções, através dos tratados, aos órgãos públicos nacionais. Ademais, torna-se mais freqüente a absorção, por parte de um número crescente de Constituições contemporâneas, dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos, incorporando-os ao elenco dos direitos garantidos no plano interno. Exemplo disso foi a inclusão na Constituição brasileira, pelo viés da Emenda Constitucional nº 45/2004, do § 3º do art. 5º, no qual se afirma que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Ora, sendo o *direito ao desenvolvimento* um direito humano fundamental, é óbvio que deverá haver um esforço, como demonstrado acima, no contexto da comunidade internacional, para sanar os desequilíbrios regionais e procurar restabelecer, na medida do possível, um clima de ordem e harmonia em âmbito global.

Tal esforço implica na necessidade de modificação dos parâmetros que disciplinam o comércio internacional e na rejeição dos velhos hábitos que definiram, historicamente, o processo espoliativo adotado pelas nações desenvolvidas, gerando miséria, desequilíbrios e insatisfações generalizadas.

Nesse sentido, observam Alvin e Heidi Toffler: “Seria utópico sugerir que poderíamos eliminar totalmente a pobreza material em todos os lugares do planeta. Afinal, a pobreza possui muitas fontes e causas diferentes – desde políticas econômicas estúpidas até mudanças climáticas, epidemias e guerra. No entanto, não é utópico dizer que agora temos, ou estamos em via de desenvolver, ferramentas novas e extremamente poderosas para exterminarmos a pobreza” (2007, p. 377).

5. Considerações finais

O processo do desenvolvimento exige estratégias complexas que busquem, no contexto de cada sistema específico, delimitar os meios e os fins necessários à sua implementação.

De um modo geral, as atuais pautas de mudança nas áreas em transição só de forma parcial e estereotipada correspondem a um quadro ideal de formulações estratégicas efetivas. Na prática, a mobilização de toda a sociedade em torno de problemas fundamentais é transitória e pouco freqüente, havendo em regra uma incompatibilidade das estruturas de

poder nacional, regional ou local com a participação autônoma e organizada da população e uma incapacidade das pautas atuais de crescimento econômico e mudança societária (com seus aspectos de desigualdades constantes, exclusão e dependência) para dar lugar a tal participação.

É um fato que as crises crônicas que assolam os sistemas transicionais resultam, em particular, da atitude de não se querer reconhecer que o impulso para o desenvolvimento é de ordem essencialmente política. A noção mesma de desenvolvimento induz sempre uma concepção do homem e da sociedade, resultando, assim, em opções políticas. Sem uma política de desenvolvimento global, que congregue todo um conjunto de medidas em todos os setores e em cada esfera de responsabilidade – do indivíduo à comunidade internacional – não se superará jamais o problema do subdesenvolvimento.

Uma estratégia global de desenvolvimento compreende, portanto, a possibilidade da sociedade existir como um programa de vida coletiva, elaborado através de alternativas políticas resultantes da participação ativa e criadora dos atores, nacionais e internacionais, que compõem a comunidade politicamente organizada.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras – entre globalização e pós-globalização*. Rio: Lúmen Júris, 2007.
- BELO, Manoel Alexandre C. *Politique et développement au Brésil: de 1964 à nos jours (Thèse de doctorat d'Etat)*. Toulouse, França: Université des Sciences Sociales, 1984.
- CASTRO, Josué de. *Estratégia do desenvolvimento*. Lisboa: Seara Nova, 1971.
- EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio: Zahar, 1968.
- GREENSPAN, Alan. *A era da turbulência – aventuras em um novo mundo*. Rio: Elsevier, 2007.
- JAGUARIBE, Hélio. *Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político*. Rio: Paz e Terra, 1972.
- PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração pública democrática – institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. S. Paulo: Saraiva, 2007, 8ª ed.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. S. Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- SILVA, Guilherme Amorim da. *Direito ao desenvolvimento*. S. Paulo: Método, 2004.
- TOFFLER, Alvin e Heidi. *Riqueza revolucionária – o significado da riqueza no futuro*. S. Paulo: Futura, 2007.

Anne Augusta Alencar Leite Reinaldo*

RESUMO: O presente artigo analisa a proteção jurídica ao consumidor que se encontra em estado de inadimplência, identificando os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, preconizados pela Constituição Federal de 1988, em confronto aos direitos e garantias inerentes ao credor, no âmbito da economia de mercado.

Palavras-chave: Proteção jurídica. Consumidor. Inadimplente. Direito e garantia fundamental. Credor

ABSTRACT: This present paper analyzes the protection juridical to overdue consumer, identify the right and guaranty fundamental of person individual human, to commend through Brazilian Federal Constitution from 1988, in confrontation by the right and guaranty of creditor, in ambit from economic of market.

Key-words: Protection juridical. Consumer. Overdue. Right and guaranty fundamental. Creditor

* Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Advogada. Professora da Disciplina Direito Econômico da Fesp Faculdades.

1. Introdução

A análise deste tema oferece um panorama de um dos diversos problemas do consumidor enquanto ser humano: a inadimplência. Fruto da massificação do mercado de consumo, o estado de inadimplência reflete a vulnerabilidade do consumidor-devedor, maculando sua dignidade humana e o prejudicando em diversos aspectos sociais.

O estudo é fundado nos direitos fundamentais e nos princípios da atividade econômica da Constituição Federal Brasileira, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e no Código Civil, sempre tornando eminente a análise ao caso prático e concreto.

A defesa do consumidor é um dos princípios gerais da atividade econômica que mais se destacam no âmbito socioeconômico brasileiro; tendo em vista a vulnerabilidade do mesmo e a sua fragilidade no conhecimento da lei protecionista, cumulada com sua hipossuficiência, o Direito do consumidor é um dos ramos do Direito que mais se aproxima da realidade humana.

2. A tutela consumerista: o surgimento da proteção pontual.

A evolução das relações de consumo (fornecedor X consumidor) acabou por refletir nas relações sociais, jurídicas e econômicas dos tempos modernos. Diante do desenvolvimento econômico e tendo no consumo o pilar da economia de mercado - propulsor desse mesmo desenvolvimento - o consumidor passou a ser um ente hipossuficiente, desprotegido e merecedor de tutela específica. (NUNES, 2007).

A defesa do consumidor surge num contexto caracterizado pelo extraordinário desenvolvimento do comércio e da ampliação da publicidade, ou seja, surge com o aparecimento da sociedade de consumo.

Esse interesse em tutelar o consumidor é fruto do reconhecimento de que, nas palavras de João Batista de Almeida, “um interesse pode pertencer muito mais à coletividade ou a um grupo social do que a um dos seus membros individualmente.” (2007, p.3). É o consumidor difusa e coletivamente considerado. Essa premissa é consequência dos princípios norteadores do Estado Social que resguardam os bens transindividuais em todas as suas esferas.

A tutela surge pelo resultado da necessidade da proteção ao interesse coletivo e difuso, principalmente, por perceber que o consumidor é desprotegido perante uma relação de consumo em seu aspecto educacional, informativo, material e legislativo.

Essa preocupação é vista em escala mundial, como se percebe pelo avanço mais importante a nível internacional, quando, no ano de 1985, a ONU – Organização das Nações Unidas – através da Resolução n. 39/428, estabeleceu normas que dispunham sobre a proteção do consumidor, enfatizando o desequilíbrio econômico, educacional e financeiro inerente ao consumidor perante o mercado.

Nesse sentido, estabelece Leonardo Roscoe Bessa:

Como reflexo dessa preocupação, a Organização das Nações Unidas – ONU, em 1985, por meio da Resolução 39/428, recomendou que os governos desenvolvessem e reforçassem uma política firme de proteção ao consumidor para atingir os seguintes propósitos: proteção da saúde e segurança; fomento e proteção dos interesses econômicos do consumidor; fornecimento de informações adequadas para possibilitar escolhas acertadas; educação do consumidor; possibilidade efetiva de ressarcimento do consumidor e liberdade de formar grupos e associações que possam participar das decisões políticas que afetem os interesses dos consumidores. (2007, p.31)

No Brasil as primeiras manifestações da proteção ao consumidor são recentes na história do direito. São de 1971 e 1973 as primeiras preocupações neste campo, relatados em discursos pelo então deputado Nina Ribeiro. Em 1978 surgiu o PROCON/SP, reforçando a defesa do ente até então pouco protegido. À nível federal, só em 1985 surgiu o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (posteriormente extinto e substituído pela SNDE). (ALMEIDA, 2007).

Importa ressaltar que a lei consumerista específica foi editada no dia 11 de setembro de 1990. Intitulada de Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC – o diploma legal foi sucedido por outras inúmeras leis específicas que ampliaram a tutela do consumidor, como é o caso – a título de exemplificação – das leis 8.158/91, 8.884/94, 10.167/00, 10.671/03 e a 10.962/04.

O CDC cuida da política das relações de consumo antes mesmo de tratar da proteção e defesa do consumidor, pois, a tutela do consumidor não é um confronto entre produção e consumo, antes de tudo, é voltada a harmonizar os interesses envolvidos na relação consumerista. Nesse sentido, a política nacional das relações de consumo é fundamentada em princípios basilares da relação consumidor X fornecedor, quais sejam: vulnerabilidade do consumidor; presença do Estado; harmonização de interesses; coibição de abusos; incentivo ao autocontrole; conscientização do consumidor e do fornecedor; melhoria dos serviços públicos. (ALMEIDA, 2007)

Contudo, não se pode remeter-se ao histórico legal da tutela do consumidor, sem se reportar à importância que foi a edição da lei específica – CDC – no sentido de retirar do

Código Civil de 1916 “seu caráter centralizador de regência das relações privadas e, ao mesmo tempo, em época do paradigma oitocentista de homem abstrato e igualdade formal” (BESSA, 2007, p.27).

Foi a saída do monossistema para o polisistema legislativo, fugindo do centralismo do Código Civil e originando os microssistemas, como é o caso do CDC.

Sem dúvida, a Constituição de 1988, com seu caráter cidadão e humanitário, preconizando os direitos e garantias fundamentais do homem, enquanto ser humano que é, foi o fator decisivo para a humanização do direito civil e, conseqüentemente, para o direito do consumidor, visto que o mesmo é frágil não só em relação aos seus direitos materiais, mas, sobretudo, vulnerável no aspecto extrapatrimonial (decorrente de sua dignidade humana).

Ressalta Leonardo Roscoe Bessa que, “o consumidor tem deixado de ser uma pessoa para se tornar apenas um número.” (2007, p.30). É por essa razão que, independentemente da situação em que se encontra, o consumidor deve ser protegido pelo simples fato de ser um ser humano, antes mesmo de se tornar um consumidor de produtos e serviços no mercado.

3. Consumidor e fornecedor como atores da relação de consumo e os princípios e direitos básicos dessa relação.

Sabe-se que o alvo da tutela consumerista é a relação de consumo. Mas, que tipo de relação é essa? Quem são seus sujeitos? Para responder essas perguntas é necessário saber quem e o que é protegido pelo CDC. É delimitar seus atores, ou seja, é imprescindível destacar as definições de consumidor e fornecedor. Entretanto, pertinente é evidenciar que é uma relação de consumo antes mesmo de entender que são seus sujeitos. Nas palavras de Fernando Vasconcelos e Fernanda Brandão:

Definir Relação de Consumo é ponto crucial entre juristas e aplicadores do direito, porque o Código de Defesa do Consumidor só se aplica aos contratos considerados “relações de consumo”. Destas se pode dizer que são aquelas onde se pode identificar em um dos pólos da relação o consumidor, no outro o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços. Implica, necessariamente, na circulação do bem ou serviço. Para que tal aconteça, somente pode ser considerado consumidor, o “destinatário final” do produto ou serviço. Por exemplo, quem compra para revender não pode ser considerado consumidor. (2008, p.2)

Como bem ressalta Leonardo Roscoe Bessa:

Os destinatários da proteção do CDC, ou melhor, as situações – suporte fático – que ensejam a incidência da referida lei, constituem um dos temas

mais abordados pela doutrina especializada. A explicação é simples, talvez óbvia. Como o CDC confere um tratamento diferenciado a um sujeito concreto, ou, em alguns casos, uma disciplina específica de atividade inerente ao mercado de consumo – que é, pela própria natureza, potencialmente ofensiva a legítimos interesses existenciais e materiais – cumpre necessariamente identificar e delimitar estes sujeitos e atividades, de modo a se concluir pela incidência ou não do diploma especial. (BESSA, 2007, p.45)

Nesse sentido, importante é ressaltar que o conceito de *consumidor* é encontrado no artigo 2º, caput e seu parágrafo único¹, sendo complementado pelos artigos 17² e 29³, todos do CDC. A definição econômica de consumidor é ampla e não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois, a economia considera também como consumidor aquele que vem a ser intermediário – o sujeito que repassa o bem/serviço a outros fornecedores – divorciando-se da concepção de destinatário final preconizada pela lei específica.

No que diz respeito ao conceito de *fornecedor*, outro sujeito da relação de consumo, não há exclusão ou ressalva feita por lei, sendo sua definição encontrada no artigo 3º do CDC⁴.

A lei consumerista, preocupada com a fragilidade e vulnerabilidade do consumidor, características resultantes da hipossuficiência do mesmo perante o mercado e/ou fornecedor, enfatizou que mesmo os entes despersonalizados são tipificados como fornecedores, evitando assim que a falta de personalidade jurídica de alguns entes viesse a ser motivo de fraude ou prejuízo aos consumidores. (como por exemplo, um grupo familiar que assume a figura de fornecedor numa relação de consumo.) (FILOMENO, 2001)

A relação de consumo, como já vista, é polarizada pelo consumidor - no pólo passivo – e pelo fornecedor. Cumpre demonstrar que essa relação é regulada por princípios gerais da tutela específica do consumidor. São eles: princípio da isonomia (vulnerabilidade); da boa-fé; da intervenção estatal; da transparência; da responsabilização objetiva; da solidariedade obrigacional; da facilitação do acesso à Justiça; do sancionamento das desconformidades de consumo.

Tratando dos direitos básicos do consumidor na relação de consumo, a ONU – por meio da Resolução n. 32/248, já mencionada – reconheceu os seguintes: direito à segurança;

¹ “Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

² “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

³ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

⁴ “Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

à escolha; à informação; a ser ouvido; à indenização; à educação para o consumo; a um meio ambiente saudável.

A finalidade da tutela consumerista é, sem dúvida, como pode ser deduzido pelos princípios específicos e pelos direitos básicos do consumidor, harmonizar os interesses dos atores da relação, sempre protegendo o consumidor dos abusos do mercado que maculam seus bens patrimoniais e extrapatrimônias. É correto afirmar que a lei resguarda o consumidor em todos os sentidos, seja ele físico ou moral, e esta é bem mais difícil de ser recuperada quando atingida, como é o caso das garantias e direitos fundamentais da pessoa natural. Tendo em vista que o consumidor é, antes de tudo, um ser humano, não resta dúvida que a proteção aos seus direitos naturais é função também da lei consumerista. É o que ocorre do estado de inadimplência. A lei vem tutelar a imagem do ser humano rotulado de consumidor, proteger sua integridade física na relação de consumo, aliviar a dor moral da pessoa humana que sofre enquanto sujeito dessa relação e nunca proteger a inadimplência do mesmo.

A inadimplência é fruto da massificação do mercado, é consequência do fato de o consumidor ser considerado não uma pessoa, mas um número na economia é, pois, uma realidade social que deve ser combatida, todavia, com prudência e cautela, encontrando limites nos direitos fundamentais do homem.

4. O Direito do consumidor inadimplente e a tutela de seus direitos fundamentais

Partindo do pressuposto da repersonalização do direito privado, fundamentado na premissa de que o mesmo deixa de ser meramente patrimonialista e passa a ser voltado também para a proteção do ser humano, apresentando-se como um direito constitucionalizado e socializado, figurando num ângulo patrimonial e social simultaneamente - no qual o CDC é a tônica dos microssistemas, confirmando a saída do monossistema para o polissistema legislativo, apartando-se do centralismo do Código Civil e abrangendo regras de todas as áreas, não somente de direito material - é que encontramos o fundamento da proteção ao consumidor em estado de inadimplência.

O devedor não é uma figura delituosa na óptica penal. O inadimplente é aquele que, por motivos pessoais, às vezes, até relevantes, não veio a quitar uma dívida. Esse fato, perante a sociedade, não é capaz de tornar o consumidor menos digno que os demais, apenas o deixa em uma situação de falta de crédito na praça. Nesse sentido, não o torna

alguém que possa ter a sua imagem, vida privada, dignidade ou integridade física violadas. O respeito ao devedor inadimplente é norma constitucional, preconizada no artigo 5º, LXVII⁵.

A lei 8.078/90 não perpetrrou nenhuma “proteção exagerada” ao consumidor, pois, segundo explica Rizzatto Nunes, ela apenas trouxe para o Brasil o que há de mais moderno nos mercados de primeiro mundo, no que diz respeito à cobrança de débitos dos consumidores, “apenas traduz esse reconhecimento, além de garantir, por ordem constitucional, a dignidade de toda e qualquer pessoa.” (2007, p.556).

A legislação não protege e nem poderia proteger a inadimplência do consumidor, visto que, a relação de consumo é bilateral e, no outro pólo, se encontra o fornecedor, sujeito apto a contrair direito e obrigação, não podendo ser prejudicado em detrimento de outrem.

Nesse sentido, a proteção legal ao consumidor inadimplente é fundamentada na idéia de que o mesmo é apenas um ex-cliente alvo de problemas passageiros, que, uma vez solucionados, o farão comprar novamente. Sendo assim – apesar da situação de inadimplência – o consumidor devedor é sempre um consumidor em potencial, um futuro cliente a ser reconquistado. (FILOMENO, 2001).

Importante visualizar que a idéia central e fundamental da tutela do consumidor inadimplente reside na afirmação de que a consequência para o devedor, prevista por lei, é a falta de crédito na praça, não podendo passar disto. Todavia, a realidade sócio-econômica brasileira é diferente. Por serem inadimplentes, os consumidores sofrem consequências além das previstas em lei, tornando-se alvos da discriminação da sociedade e do próprio mercado. (GRINOVER, 2004)

Tal repúdio deve ser combatido, visto que, a saída do consumidor em estado de inadimplência do mercado, causa inúmeras consequências na economia. A conjuntura que envolve as relações econômicas é de forma direta afetada pela exclusão de inúmeros devedores inadimplentes do mercado, ressaltando que esta – não se pode negar – é uma realidade sócio-econômica do atual contexto brasileiro.

Importa afirmar que, nessa seara de inadimplência consumerista, os bens mais atingidos quando da prática abusiva dos fornecedores são os direitos fundamentais do consumidor, visto que os mesmos são extrapatrimoniais e mais fáceis de serem alvos de violação. Dentre esses, destacam-se os direitos da personalidade, visto que são “todos os direitos destinados a dar conteúdo à personalidade [...]” (BERTI, 1997, p. 156)

Há de se analisar os âmbitos legais que tratam dessa peculiar proteção do consumidor inadimplente e de seus direitos fundamentais. As principais e mais árduas searas que afetam

⁵ “Art. 5.º Não haverá prisão civil por dívida.”

os consumidores, enquanto devedores inadimplentes são configurados no binômio: cobrança de dívidas X banco de dados e cadastros, situações essas tuteladas diretamente pelo CDC; entretanto, em outros âmbitos sociais pode-se perceber a necessidade de proteção ao inadimplente, como é o caso das entrevistas de emprego que renegam consumidores devedores e a inadimplência no serviço público essencial, situação essa, não pacificada pela Doutrina e nem uniformizada pela Jurisprudência.

Nas sábias palavras de Fernando Rodrigues Martins, quanto ao que prescreve o direito processual em face do devedor:

Em linha de consideração, trata o artigo 620 do CPC em garantir ao devedor uma execução justa e razoável, cabendo ao credor a utilização dos meios menos gravosos para atingir seus desideratos. Meios menos gravosos serão todos aqueles que não importem na redução dos direitos humanos do devedor, os quais vão desde a sua liberdade, passando pela honra e concluindo em sua subsistência, porque também não adianta estar livre sem ter como viver ou existir, (2001, p.155)

Necessário é o estudo de forma individual das duas conjunturas já regularizadas por lei e que precedem de proteção pontual quanto aos direitos fundamentais do consumidor em estado de inadimplência: a cobrança abusiva de dívidas, que viola o direito à honra inerente ao ser humano, e a negativação de dados em banco de cadastros por parte do credor.

a) Proibição de cobrança abusiva

A cobrança de uma dívida é ação regular do credor em relação ao devedor. A lei 8078/90, obviamente, não surgiu para reprimir e distorcer os direitos dos credores, impedindo-lhes de cobrar. Jamais. O que é proibido legalmente e, tipificado penalmente como crime, é a chamada *cobrança abusiva*. Esse instituto está regrado no artigo 42 e em seu parágrafo único⁶ do Código de proteção e defesa do consumidor.

As normas que proíbem a cobrança abusiva são corolários da garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada, honra e imagem das pessoas. Como consequência imediata, as leis infraconstitucionais que regulam tal cobrança devem estar em consonância com estes paradigmas. (BITTAR, 2000)

Noutro norte, é certo que o direito de propriedade é também uma garantia constitucional, preconizada pelo artigo 5º, XII, CF, o que permite que a legislação infraconstitucional garanta o direito do credor cobrar seu crédito. (NUNES, 2007). Assim

⁶ “Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único: O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

sendo, a interpretação das normas que permitem a cobrança do crédito deve levar em conta, de um lado, o direito do credor cobrar e, do outro, o direito do devedor não vir a ser atingido em sua integridade, seja em sua vida privada, honra ou imagem, assim sendo, a lei procura o modo civilizado de se cobrar.

Segundo o artigo 188, I, do Código Civil⁷, o ato de cobrar uma dívida constitui exercício regular de um direito. Ocorre que, quando essa cobrança é abusiva, fica configurado o abuso desse direito. O próprio dispositivo em questão já previa tal hipótese de abuso, uma vez que, a lei esclarece que o exercício do direito reconhecido tem que ser regular nunca irregular.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, atento à hipótese do abuso do direito de cobrança e procurando limitar o exercício regular do direito em favor do consumidor - não permitindo que nenhuma brecha fosse instrumento de interpretação em desfavor do mesmo e, por ser também, o artigo 42 do CDC uma cláusula aberta, geral - tipificou penalmente a cobrança tida como abusiva em seu artigo 71⁸. (FILOMENO, 2001)

Assim sendo, a cobrança abusiva é aquela utilizada pelo credor ou por seu cobrador e que não tem, por finalidade precípua, fazer com que o devedor pague a dívida, mas somente procurar, de forma injustificada, levar o consumidor a ser constrangido ilegalmente.

Percebe-se que, quando o consumidor é cobrado abusivamente, a sua imagem é violada perante si e perante a sociedade, perpetrando uma violação ao direito fundamental à vida privada de que goza o consumidor, por ordem constitucional. (BOLSON, 2002)

Enfim, o exercício regular do direito de cobrança do credor é garantido pelo CDC – através da ação judicial, do protesto, da ação de execução, por exemplo – podendo exercer seu direito cobrando pessoalmente, via telefone, e-mail, carta, até através da ameaça, desde que seja de forma civilizada e no âmbito do seu direito regular. Noutro norte, fica configurado como crime, a cobrança abusiva de dívidas, sendo instrumento de violação dos direitos fundamentais do ser humano.

b) Os bancos de dados e cadastros: os serviços de proteção ao crédito.

Diante do tema da proteção ao consumidor inadimplente, não se pode discutir se o credor possui ou não o direito de “negativar” seus clientes. “Assim sempre foi” (NUNES, 2007, p.552). O que era prática comum no mercado de consumo foi legitimado pelo CDC, que regulou o assunto no artigo 43.

⁷ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

⁸ “Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaças, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena – Detenção de 3 (três) meses a 1(um) ano e multa.”

O artigo acima regula os bancos de dados e cadastros de todo e qualquer fornecedor, público ou privado e que contenham dados do consumidor. Embora a discussão recaia sob o cadastro de inadimplentes, a norma incide em sistemas de informações mais amplos. Todo e qualquer banco de dados de arquivos de informações a respeito de consumidores - seja pessoa física ou jurídica – está submetido ao CDC.

Feitas essas considerações, o problema levantado na Doutrina e na Jurisprudência pátria é o seguinte: o que vem a ser o conflito entre, de um lado, o direito do credor negativar o devedor, e, do outro, o direito à imagem que goza o devedor por ordem constitucional?

Os serviços de proteção ao crédito são medidas eficazes em prol dos fornecedores perante o consumidor. Todavia, como defende Rizzatto Nunes (2007), não possui o consumidor medidas tão eficazes perante o fornecedor (grifo nosso). Há, portanto, um enorme desequilíbrio.

Esse desequilíbrio evidenciado pela Doutrina é confirmado quando se percebe que, o consumidor somente possui o direito de arquivar reclamações (extrajudiciais) perante o fornecedor, de forma primária, sutil, pontual, nos órgãos de defesa do consumidor e não ampla, integrada, globalizada, sistematizada como é o cadastro nacional de proteção ao crédito.

O artigo 44 obriga os órgãos públicos de defesa do consumidor a manterem cadastros atualizados das reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços. Estão os órgãos de proteção ao consumidor, obrigados a divulgarem pública e anualmente tais informações, com a observação da reclamação ter sido ou não atendida. A relação das reclamações é afixada por ordem alfabética com o número de reclamações atendidas ou não.

Nesse sentido, fica evidenciado que o fornecedor possui proteção eficaz contra o mau consumidor, em contrapartida, não possui o devedor, os mesmos meios extrajudiciais – amplos e eficazes – contra o fornecedor. Enquanto os consumidores inadimplentes podem ser localizados de forma rápida no sistema de cadastros – SPC/SERASA – os maus fornecedores não podem ser encontrados tão facilmente, senão, anualmente, numa lista local.

O que se percebe é que a defesa da imagem, honra, integridade física e moral do consumidor inadimplente estão em detrimento perante a proteção do fornecedor na relação de consumo. Não há dúvidas de que é direito dos credores reunirem forças e se protegerem dos maus consumidores, mas, também não resta dúvida, que os maus fornecedores não são cobrados como devem efetivamente ser perante o mau fornecimento, pelo contrário, eles é que estão sempre resguardados quando se trata de proteção no mercado, e, principalmente, quando sua relação é diante de um consumidor inadimplente.

Outro aspecto evidenciado pela Doutrina é o desvio de finalidade dos serviços de proteção ao crédito, transformando esses serviços em instrumentos de cobranças abusivas do fornecedor, figurando tal prática em abusividade defesa por lei. É o que leciona Carlos Adroaldo Ramos Covizzi:

Cumpra explicar, por qual razão vem ocorrendo o desvio de finalidade dos arquivos de consumo na sociedade brasileira. Sem nenhuma dúvida, a necessidade de soluções rápidas e eficazes, inquinou os fornecedores a optarem por um instrumento mais ágil nas soluções das pendências creditícias, em face da envelhecida estrutura do Poder Judiciário, que além de moroso, exige elevados custos para a sua invocação. Diante disso, a solução alternativa foi a utilização desses arquivos de consumo com instrumentos de cobrança de dívidas, mostrando-se mais eficiente que o próprio Poder Institucional, vez que, prontos e estruturados para atender essas reivindicações. (2003, p.23)

Enfim, o desvio de finalidade dos serviços de proteção ao crédito que armazenam dados dos consumidores inadimplentes, se configura como uma agressão aos direitos fundamentais do consumidor, posto que os direitos personalíssimos são invioláveis por força constitucional. Assim, resta comprovado que o CDC é instrumento eficaz na tutela preventiva e inibitória dos direitos fundamentais do consumidor, se apresentando como diploma legal eficaz na defesa dos direitos personalíssimos dos consumidores que se encontram em estado de inadimplência.

5. Conclusões

A inadimplência do consumidor é algo real e cotidiano no âmbito socioeconômico brasileiro. Como consequência dessa realidade, o Direito não pode se curvar diante dos abusos cometidos ao consumidor, tendo em vista que o mesmo goza de direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal e pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

No que tange à cobrança de dívidas - direito esse garantido constitucionalmente aos credores – a imagem do consumidor e sua dignidade como pessoa humana, devem ser respeitados e resguardados, sendo condenado, e tipificado legalmente como crime, a cobrança abusiva, ou seja, aquela que somente se direciona à denegrir a moral, honra, integridade física e imagem do consumidor.

Outro aspecto polêmico na proteção aos direitos fundamentais do consumidor inadimplente é o arquivo de informações negativas sobre o mesmo, sendo organizado em cadastros que, em tese, tendem a proteger o mercado como um todo, mas, como se percebe, analisando o dia-dia do mercado de consumo, tal proteção é somente dirigida ao fornecedor,

sempre emergindo o desequilíbrio tão comentado pela Doutrina. O desvio de finalidade desses órgãos de proteção ao crédito também configuram prática abusiva utilizada pelo fornecedor quando da cobrança de dívidas perante o consumidor inadimplente, violando os direitos da personalidade do consumidor enquanto ser humano.

Assim, a proteção jurídica ao consumidor inadimplente é um aspecto de suma relevância no âmbito econômico brasileiro e necessita de tutela eficaz e específica, tendo em vista os diversos ramos do mercado abrangidos pelo estado de inadimplência do consumidor e por suas possíveis conseqüências, na maioria das vezes, inconstitucionais e abusivas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BERTI, Silma Mendes. O Código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 23-24, São Paulo: RT, jul-dez 1997.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.
- BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 33, São Paulo: RT, jan-mar 2000.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Assembléia Nacional Constituinte, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituição.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2008.
- _____, Lei n.10.046, de 10 janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: OLIVEIRA JUNIOR, Arnaldo (org.). *Vade Mecum*. 2008. Belo Horizonte. Mandamentos, 2008.
- _____, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: OLIVEIRA JUNIOR, Arnaldo (org.). *Vade Mecum*. 2008. Belo Horizonte. Mandamentos, 2008.
- COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. *Práticas abusivas da Serasa e do SPC*. São Paulo: Edipro, 2003.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos do devedor. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 39, São Paulo: RT, jul-set 2001.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VASCONCELOS, Fernando Antônio de; BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. *Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Eduardo de Araújo Cavalcanti*

RESUMO: Muito se discute a respeito do crime organizado, mormente se é fenômeno recente ou se remonta aos primórdios da humanidade. Não obstante tal discussão, é fato notório que a criminalidade organizada é um dos principais flagelos que atinge a sociedade hodierna. Frequentes são as notícias veiculadas sobre a atuação desses grupos de delinquentes, a exemplo do tráfico de drogas, de armas, de pessoas e de animais silvestres. Mas o que se entende por “criminalidade organizada”? Quais suas características? Como diferenciá-la da criminalidade comum? Quais os mecanismos de combate ao crime organizado disponíveis no Brasil? Estas são algumas indagações que o presente artigo procura responder, sem, evidentemente, a pretensão de esgotar tão polêmico tema.

Palavras-chave: Crime organizado. Características. Lei 9.034/95.

ABSTRACT: One has debated a lot about of organized crime, especially if is recent phenomenon or if raise to original of mankind. Nevertheless such discussion, is well-known fact what the organized criminality is one of main scourge what reaches hodiernal society. The often published news are about the actions these delinquent's groups, like a drugs, weapons, of persons and animals traffic. But what is the meaning of “organized criminality? What is your features? What differences between the common criminalty and this one? What the mechanisms of fight to organized crime available in Brazil? These are some questions which the present paper searches to answer without, of course, the claim for to use up so controversy theme.

Key-words: Organized crime. Features. Law 9.034/95.

* Mestre em Direito pela UFPE. Professor da UFPB. Advogado. Coordenador do Curso de Direito da FESP.

1.1. Imprecisão terminológica, problemática conceitual e características do crime organizado

A delinquência organizada constitui, no mundo contemporâneo, um dos flagelos sociais mais nocivos que afetam a humanidade, cujas dimensões e medidas ainda não foram completamente calculadas (MAYOR, 1999:216).

Discute-se, sob um ponto de vista temporal, se o crime organizado sempre existiu, ou, pelo contrário, se é fenômeno recente, típico da sociedade dos dias atuais.

Inicialmente, convém destacar que inegável é o fato de que a associação de duas ou mais pessoas para a prática de ações delituosas é tão antiga quanto a existência do próprio crime (MANHEIM, 1993:953). Da mesma forma que o homem, nos primórdios, percebeu que se unindo a outros pares poderia empreender com mais sucesso suas atividades lícitas, notou, também, que as condutas delituosas poderiam ser mais vantajosas com a união de várias pessoas.

Desse modo, a associação para o crime sempre existiu. No entanto, ocorre que o fenômeno da criminalidade organizada alcançou, nos tempos modernos, proporções nunca antes atingidas, ultrapassando, inclusive, as fronteiras que separam os países. Se antes a delinquência organizada operava nos limites de um único Estado, hoje existem diversas atividades criminosas ordenadas com ramificações internacionais, como, por exemplo, o tráfico ilícito de entorpecentes e o comércio clandestino de animais silvestres.⁹

Com efeito, os vestígios da criminalidade associativa se perdem no perpassar da história. Mas o que hoje se entende por crime organizado, com feições empresariais, ramificações no poder público e amplo aparato tecnológico, é fenômeno característico típico da época atual.

Constata-se, pois, que o fenômeno constitui, hoje em dia, objeto de preocupação tanto da dogmática penal, quanto das políticas criminais das nações modernas. E não é só isso, o crime organizado passou a ocupar posição de destaque nos noticiários televisivos e impressos da *mass media* em todo o mundo.

É comum a utilização indistinta das expressões *nova criminalidade*, *criminalidade moderna*, *criminalidade contemporânea* e *criminalidade organizada*. Beck chama atenção para o fato de que os três primeiros termos tentam distinguir a criminalidade que ora se

⁹ Observação percutiente é feita por Beck: "(...) a delinquência organizada existiu sempre, da mesma forma que sempre existiu a atividade lícita organizada. Ambas em função da tendência do homem em planejar suas tarefas, sobretudo quando trabalha em grupo. O que ocorre é que, nas sociedades contemporâneas, a delinquência organizada em sentido específico, ou qualitativamente organizada (em oposição à delinquência de baixo grau de organização, inerente, de alguma forma, a qualquer classe de delinquência coletiva ou associativa delitiva), alcançou dimensões extremamente vastas" (BECK, 2004:56).

analisa daquela denominada *clássica* ou *tradicional*. O último se refere a uma categoria ainda mais específica de crime (BECK, 2004:58).

Neste artigo opta-se pelas expressões criminalidade contemporânea e criminalidade organizada, que se encontram intrinsecamente ligadas, ressaltando que nem toda criminalidade contemporânea é organizada, mas toda criminalidade organizada é contemporânea.

Acontece que há consenso na doutrina, doméstica e estrangeira, a respeito da impossibilidade de se fornecer com segurança o conceito de criminalidade organizada ou crime organizado¹⁰. Isto ocorre devido ao fato de que a criminalidade contemporânea vem se desenvolvendo a passos geométricos e amplia sobremaneira os seus campos de atuação, como se pode citar, a título de exemplo, o comércio internacional de armas, de tecidos humanos e de material radioativo, além do tráfico internacional de entorpecente e animais silvestres, já anteriormente referidos. Mas nem todas as atividades ilícitas aí mencionadas, que diariamente são alvos de notícia pela imprensa mundial, revestem-se das características do crime organizado.

Os caracteres do fenômeno não são apresentados de modo uniforme pela doutrina, como veremos adiante, posto que tal faceta da criminalidade contemporânea não possui, ainda, um conceito seguro, cientificamente elaborado, que permitida delimitar com precisão o seu conteúdo. A dificuldade se justifica pelo fato de que é preciso ter cuidado para não se partir do pressuposto de que é possível encontrar-se uma definição única para o fenômeno (BECK, 2004:64).

Com efeito, o fenômeno alcança proporções tais que nem sempre um conceito único irá se referir ao mesmo acontecimento. Nas palavras de Beck:

disso se deduz que é consenso na doutrina (e nem poderia ser diferente) a idéia de que, pelo menos até o presente momento, não é possível o estabelecimento de um conceito definitivo (ou mesmo de “algum” conceito, como mostra Raúl Zaffaroni) de crime organizado. Somente (e no máximo) aproximarmos o seu conteúdo (BECK, 2004:68).

Para Hassemer necessário se faz distinguir dois âmbitos de incidência da criminalidade: o da criminalidade de massas, aquela que produz medo na sociedade e gera meios de combate às investidas dos delinqüentes, e o da criminalidade organizada, fenômeno cambiante e sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas, sendo que, nesta última hipótese

¹⁰ Para Damásio de Jesus, “falar com precisão a respeito do crime organizado exige alcançar uma precisão terminológica sobre seu significado, requisito mínimo para se construir considerações sólidas. De ver-se, contudo, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência da maioria dos países reconhecessem ser quase impossível formular um *conceito unânime*” (JESUS, 2000:138).

ainda não há consenso da doutrina sobre seu conteúdo e se ela realmente existe (HASSEMER, 1994:293).

Castanheira faz a seguinte observação:

O certo é que esse segundo fenômeno (criminalidade organizada) é muito pouco preciso, o que equivale dizer que ainda não se sabe muito bem o que é, como se manifesta e no que se distingue do crime de massa. Em síntese, crime organizado não é crime de quadrilha, não é tampouco qualquer associação criminosa. E, ainda, *crime organizado* constitui uma gama incerta de fenômenos delitivos distintos (CASTANHEIRA, 1998:104).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Zaffaroni entende o crime organizado como um fenômeno de mercado desorganizado ou não disciplinado e, dessa forma, frustrada serão todas as tentativas de conceituação, pois constituirão a pretensão de prender em um conceito criminológico a dinâmica do mercado (ZAFFARONI, 1996:54).

Verifica-se, pois, que o único consenso existente na doutrina sobre o crime organizado repousa na impossibilidade de se apresentar um conceito único referente a tal fenômeno.

Tal dificuldade conceitual, inclusive terminológica, não se constitui em um óbice para que, através da análise de casos concretos, chegue-se a apontar quais os caracteres da criminalidade organizada.¹¹

Duas características, segundo Zaffaroni, sobressaem-se no fenômeno da criminalidade organizada: a estrutura empresarial e a atividade dirigida para os mercados ilícitos (ZAFFARONI, 1996:46). Pode-se concluir, pois, na esteira do pensamento do doutrinador argentino, que só se pode falar em crime organizado após o advento do sistema econômico capitalista.

Gomes e Cervini apontam um rol de requisitos que podem assim ser apresentados: hierarquia estrutural; planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos avançados; recrutamento de pessoas; divisão funcional das atividades; conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com o agente do poder público; oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; alta capacidade para a prática de fraude; conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa (GOMES; CERVINI, 1997:121).

Montalvo ressalta que diversas análises estão sendo feitas na União Européia com o objetivo de determinar a existência do crime organizado, tendo os estudiosos chegado às

¹¹ Apesar de também não haver consenso doutrinário, nada impede que sejam fornecidos os caracteres do crime organizado. Mais uma vez, segue o pensamento de Beck: "Diferentemente do tocante à elaboração de um conceito de crime organizado, a enunciação de suas características se apresenta deveras mais fácil. Aqui não existe o rigor da almejada univocidade de um conceito. Ao revés, os elementos que compõem uma modalidade delitual podem ser utilizados em diferentes conjuntos, diferenciados por inclusões, exclusões e adaptações". (BECK, 2004:74).

seguintes conclusões a respeito das características do fenômeno: concorrência de duas ou mais pessoas; comissão de delitos graves; ânimo de lucro; distribuição de tarefas; permanência; e atividade internacional (MONTALVO, 2001).

Já Beck elenca as seguintes características do fenômeno, por considerá-las as mais importantes, mas fazendo a ressalva de que o rol pode ser muito bem acrescido de novos atributos, já que se trata de fenômeno mutante (BECK, 2004:46): estrutura plúrima hierarquizada e permanente; finalidade de lucro ou poder; utilização de meios tecnológicos; conexão com o poder público; internacionalização; uso da violência ou intimidação; cometimento de delitos com graves conseqüências sociais; e emprego de lavagem de dinheiro.

Para Reale Júnior são os seguintes os elementos que caracterizam a delinquência organizada: aspecto institucional da associação; planejamento estratégico e hierarquia; forte disciplina de comando, inclusive com imposição de violência para se obter obediência; corrupção de agentes oficiais (REALE JÚNIOR, 1996:184-185).

Observa-se, assim, que os doutrinadores apresentam características diferentes a respeito do fenômeno da criminalidade organizada. No entanto, alguns atributos se repetem, mudando-se apenas o enfoque escolhido pelo autor. A seguir, com base na pesquisa realizada, apresentam-se os principais caracteres relativos à criminalidade organizada:

a) prática permanente de atividades delitivas;

A criminalidade organizada deve estar estruturada para exercer suas atividades de modo permanente, contínuo. Não se concebe falar no fenômeno se os delinqüentes se uniram para o cometimento de um crime isolado, ou, até mesmo, de alguns delitos previamente acordados. E mais, a organização, face ao caráter permanente de suas condutas, deve estar ordenada de uma forma que consiga sobreviver, inclusive, sem a presença do chefe, nas situações em que ele estiver morto ou detido, por exemplo. Tal fato mostra a continuidade delitiva da estrutura, como se a mesma tivesse vida própria.

b) estrutura hierarquizada e fins lucrativos;

Característica marcante do fenômeno é a hierarquia. Existe, nas organizações criminosas, um verdadeiro centro polarizado de poder, de onde emanam as ordens e de onde são disciplinadas as funções que cada integrante da associação deverá desempenhar, desde as atividades mais importantes, tais como funções de chefia e gerência, até as atividades menos qualificadas, como as dos que executam com as próprias mãos os delitos previamente determinados pelos chefes da organização. Estrutura hierarquizada é característica marcante do fenômeno.

Além disso, a criminalidade organizada funciona em função do lucro, até porque o fenômeno é reflexo, típico, da sociedade capitalista hodierna. Este tipo de organização parece deter uma aparente vantagem sobre o sistema jurídico penal das sociedades modernas, devido ao fator de surpresa com que se costumam apresentar e, também, pelos recursos econômicos que superam amplamente aos dos países em que atuam (MAYOR, 1999:216).

c) prática de crimes que atingem bens jurídicos fundamentais individuais e coletivos;

As atividades desenvolvidas pela criminalidade organizada costumam atingir não só bens jurídicos individuais, mas também alcançam os valores e interesses de toda uma coletividade, principalmente, neste último caso, quando os agentes do crime organizado deixam de utilizar a violência e passam a usar de fraudes e outras estratégias delituosas que visam a alcançar seus objetivos. É o exemplo do tráfico internacional de entorpecentes, citado por Beck, em que é comum a existência de vítimas individuais, quais sejam, as que sofrem lesão corporal, ameaça etc., mas as ações desenvolvidas por essa atividade delituosa transcendem, muitas vezes, para o social, ocasionando danos para a coletividade como um todo (BECK, 2004:89).

d) interligação com o poder público através da corrupção.

É comum a atividade do crime organizado estar infiltrada nas estruturas do Estado através da corrupção dos agentes públicos. Tal fato é facilmente constatado em praticamente todos os países em que o fenômeno atua, conforme se pode comprovar pelos noticiários da imprensa mundial que sempre veicula informações sobre a prisão de delegados, juízes, parlamentares etc., demonstrando, assim, a periculosidade desse tipo de criminalidade e a vulnerabilidade da sociedade e do próprio Estado, já que as instituições oficiais encarregadas de combater o crime organizado encontram-se contaminadas pelo próprio fenômeno, comprometendo, dessa forma, todo o aparato estatal.

Tal conexão como poder público decorre da corrupção dos agentes estatais, através de uma gama de investidas da delinquência organizada nos setores públicos encarregados da aplicação da lei penal: propostas de propina e de participação nos lucros oriundos da atividade criminosa, oferecimento de presentes e outras dádivas, tráfico de influência etc.¹²

e) aparato tecnológico e internacionalização de suas atividades.

Por fim, pode-se apontar também como características da delinquência organizada dois aspectos importantes: aparato tecnológico e prática de atividades voltadas para o mercado internacional.

¹² Schilling, ao discorrer sobre a corrupção e o crime organizado, ao citar Boaventura de Souza Santos, chama a atenção para o fato de que “a corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento de dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período (crise do Estado-Providência) e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social” (SCHILLING, 2001:405).

A utilização de meios tecnológicos é algo presente no crime organizado. Na verdade, não são todas as modalidades desse tipo de delinquência que utilizam mecanismos de ponta, pois o uso de aparelhagem moderna tem a ver com os crimes que a organização pratica, já que em alguns casos, como o terrorismo, por exemplo, essa característica não é tão marcante. Mas é fato incontroverso que essa característica detém especial importância nas ações perpetradas pela criminalidade organizada, ganhando destaque, principalmente, quando as atividades são desencadeadas em países em desenvolvimento.

Por sua vez, a internacionalização do crime organizado é uma das características mais marcantes do fenômeno. Esse fato faz com que, inclusive, torne-se cada vez mais difícil o controle e a repressão dessas atividades, por envolver diversos países, como é, por exemplo, o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, em que a atividade delituosa se divide entre o país produtor e os que irão consumir ou distribuir a droga.

Apenas para citar um exemplo do caráter transnacional dessa atividade delituosa, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça confirma a existência de:

(...) robusta organização criminosamente articulada e destinada à prática de inúmeras atividades ilícitas, sendo que todas elas rodeiam a atividade principal, que consiste na extração de diamantes de reserva indígena para destiná-los ilegalmente ao comércio exterior, sendo que cada integrante da quadrilha possui atribuição própria (Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 3366-9-RO (2004/0017203-6), p. 238, Rel. Min. Jorge Scartezini.).

No entanto, nada impede que o grupo resolva intensificar, ou até mesmo concentrar as suas atividades em único país. Beck (2004:85) cita o exemplo da exploração da prostituição ou a formação de grupos para a prática de seqüestros como atividades ilícitas que podem muito bem ser desenvolvidas nos limites do território doméstico.

Vale salientar, pois, que essas são as principais características do crime organizado, o que não quer dizer que toda atividade desenvolvida por esse tipo de delinquência deva apresentar simultaneamente todos os atributos acima descritos, até porque, face à dificuldade de chegar a um conceito preciso sobre o tema em estudo, suas características gerais terminam por representar um pouco dessa imprecisão terminológica.

1.2. O SURGIMENTO DA LEI 9.034/95 COMO FORMA DE COMBATER O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL: A CONTROVERSA FIGURA TÍPICA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO DIREITO PÁTRIO

O cenário da criminalidade organizada no país é deveras preocupante. A imprensa relata, à exaustão, notícias diárias a respeito dos conflitos entre a polícia e os grupos

envolvidos com o narcotráfico, além de freqüentes matérias sobre a indústria dos seqüestros, tráficos de animais e conexões internacionais envolvendo *lavagem de dinheiro*.

Para agravar ainda mais a situação, existe a fragilidade da polícia brasileira, em face do poderio das organizações criminosas, além de problemas relativos à corrupção na atuação policial. O Ministério Público, por sua vez, apesar de sua incansável luta, não dispõe de meios operacionais suficientes para enfrentar o fenômeno de maneira global e orgânica (GRINOVER, 1997:61).

Esse panorama caótico vem se desenvolvendo com uma velocidade inimaginável desde a década de oitenta. Como conseqüência, o país tenta intensificar, sem muito sucesso, sua produção legislativa na tentativa de fazer brechar o crescimento do crime organizado. Como exemplo dessa intensa atividade legislativa, pode-se citar, a título meramente enunciativo, os seguintes diplomas normativos, que já fazem parte do nosso ordenamento jurídico:

a) Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, de 19 de dezembro de 1988 (já ratificada pelo Brasil desde 1991);

b) Convenção sobre os direitos da criança (Resolução L44/XLIV da Organização das Nações Unidas, de 28 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990);

c) Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências;

d) Lei 9.034, de 03 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, alterada posteriormente pela Lei 10.217/2001, de 11 de abril de 2001;

e) Lei 9.613, de 01 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências.

Dentre os diplomas legais acima elencados, o único que foi criado com o escopo de enfrentar diretamente o problema do crime organizado foi a Lei 9.034/95, com sua posterior alteração pela Lei 10.217/2001. No entanto, como será visto adiante, com a recente inovação legislativa, a Lei de 1995 perdeu grande parte de sua eficácia, segundo a opinião de inúmeros doutrinadores.

Com efeito, o grande problema reside no fato de que a Lei 9.034/95, criada para prevenir e reprimir as ações praticadas por organizações criminosas, com sua modificação

ulterior, não definiu o que se deve compreender por *organizações criminosas*. Dessa forma, todos os dispositivos da lei em que conste a expressão *organizações criminosas* perderam sua eficácia, pelo simples fato de não se saber, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, o que se entende por tal fenômeno (GOMES, 1992:487).

Faz-se mister ressaltar que os tribunais brasileiros vinham dando ampla efetividade à Lei 9.034/95, mas, devido à alteração implementada pela Lei 10.217/2001, o panorama mudou. Veja-se, *exempli gratia*, corroborando a assertiva a respeito da aplicação da lei de combate ao crime organizado, a seguinte jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça, que efetivava a Lei de 1995:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Organização criminosa. Art. 7º da Lei 9.034/95. Liberdade provisória. Insuscetibilidade daqueles que tenham tido efetiva e intensa participação nas condutas delitivas. Garantia de aplicação da lei penal. Possibilidade real de fuga do paciente para o exterior. Concessão de fiança. Impossibilidade. Excesso de prazo na formação da culpa. Não caracterização. 1. A vedação à liberdade provisória prevista no art. 7º da lei 9.034/95 constitui instrumental de que dispõe o Estado para desarticular a organização criminosa. Trata-se, pois, de mecanismo político-jurídico apto a combater a sofisticação e a ousadia do grupo, privando, *ad cautelam*, a liberdade daqueles que nela tenham tido intensa e efetiva participação, preservando, por conseguinte, a ordem pública. 2. Caracterizada a intensa e efetiva participação dos agentes na organização criminosa – tendo-os como responsáveis pelo transporte de mercadorias que ingressavam no território nacional sem a devida fiscalização da autoridade competente, valendo-se de informações privilegiadas e, em contraprestação, oferecendo vantagem indevida a agentes públicos –, há de se preservá-los sob custódia preventiva. 3. A real possibilidade de fuga para o exterior em face da existência de vultoso fluxo financeiro dos agentes no Uruguai constitui óbice à concessão de liberdade provisória, tendo em vista a garantia da aplicação da lei penal. Nessa hipótese, presta-se confiabilidade ao juízo da causa, máxime porque, presidindo a ação penal, tem-se-no como órgão mais sensível às vicissitudes do processo. 4. Não será concedida fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da preventiva (art. 324, IV, do CPP). 5. Não correm os prazos se há força maior ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária (art. 798, § 4º, do CPP). 6. 'Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa' (Súm. STJ, Enunciado 64). 7. Ordem denegada (Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 15.305-RS (2000/0138747-2), p. 288, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Observa-se, pois, que a citada lei, mesmo com suas imperfeições técnicas, vinha sendo aplicada no país.

Em sua redação original, o art. 1º da Lei 9.034/95 tinha a seguinte redação: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Já o *caput* do art. 2º, misturando os conceitos de *quadrilha ou bando* e *organizações criminosas*, dispunha: “Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ações

praticadas por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos investigatórios e formação de provas (...).

Tal confusão conceitual levou Castanheira a afirmar, à época, que “para a lei penal brasileira, nesse cenário de falta de definição do crime organizado, não há distinção normativa entre quadrilha ou bando e organização criminosa” (CASTANHEIRA, 1998:110-111). Mesmo assim, passou-se a admitir que a lei abrangia os casos de ações praticadas por organizações criminosas, de cuja composição fariam parte os dados típicos do delito quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do *Código Penal Brasileiro* (GOMES, 1992:488).

Mas com a edição da Lei 10.217/2001 a situação é outra. O art. 1º citado passou a vigorar com a seguinte redação: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Depreende-se que pelo texto atual a lei incidirá nos ilícitos praticados por *quadrilha ou bando, organização criminosa e associação criminosa*. Ora, a definição de quadrilha ou bando consta do art. 288 do Código Penal; com relação à associação criminosa, esta expressão se encontra positivada em nosso ordenamento jurídico no art. 14 da Lei 6.368/76 (Lei de Tóxicos) e no art. 2º da Lei 2.889/56 (que dispõe sobre o crime de genocídio); mas, no que pertine à organização criminosa, não existe no direito brasileiro a definição do que realmente seja.¹³

Dessa forma, a lei de combate ao crime organizado no Brasil não respeitou um princípio basilar do direito penal moderno: o da legalidade, já que as condutas que o Estado considera como merecedoras de reprovação penal devem vir revestidas em um tipo legal¹⁴. Na medida em que a Lei 9.034/95 não fornece um conceito tipificado sobre o que se deve entender a respeito de organização criminosa, caberá ao juiz tal mister e, dessa forma, haverá uma verdadeira usurpação da tarefa de legislador.¹⁵

Tal situação seria evitada se o legislador tivesse fornecido o conceito de organização criminosa, através de expressa previsão legal. O tipo penal tem como principal função a garantia, ou seja, mediante as descrições típicas das normas penais incriminadoras os

¹³ Ao comentar a Lei 9.034/95, Costa afirma que “ao fim da leitura dos treze artigos que compõem o referido texto legal, não se depreende tecnicamente, o que seja crime organizado, nem sequer se determina quem são os seus sujeitos ativos. Em tese, nas palavras do sociólogo Guaracy Mingardi, os *legisladores fizeram uma lei que fornece instrumentos legais para combater um crime que, legalmente, não existe*” (COSTA, 2004:90).

¹⁴ Importante ressaltar, com apoio em Brandão, que o princípio da legalidade possui não só um aspecto formal, mas também deve se revestir de um conteúdo material. “O princípio da legalidade é o estudo da lei penal em sua natureza intrínseca. Isto se dá porque dita natureza intrínseca versa sobre a substância da lei, isto é, versa sobre a essência mesma da lei. É através do Princípio da Legalidade que o Estado encontra o pressuposto e a fonte para o exercício da potestade de repressão penal” (BRANDÃO, 2002b:71).

¹⁵ Gomes entende que com a nova redação da Lei 9.034/95 “... perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. São eles: arts. 2º, II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10 (progressão de regime) da Lei 9.034/95, que só se aplicam para as (por ora, indecifráveis) *organizações criminosas*” (GOMES, 1992:489).

cidadãos conhecem previamente quais são condutas que o Estado considera reprováveis e que, portanto, terão que evitar.

O tipo, pois, é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Quando um agente concretiza a forma abstrata prevista em lei, diz-se que sua conduta se reveste de tipicidade. Além da função de garantia, o tipo passa a desempenhar também uma autêntica função seletiva, decidindo sobre o que é e o que não é crime (TOLEDO, 2001:129).

A tipicidade, segundo Balestra, é caracterizada pela identificação de uma conduta com a que é prevista em uma figura de delito, já que as leis penais devem prever as ações puníveis por meio de abstrações que condensem em fórmulas estritas os caracteres que devem revestir os atos praticados na vida real (BALESTRA, 2002:233).

A exigência de tipos penais descritivos das condutas delitivas decorre do princípio da legalidade. Além da obrigatoriedade das normas penais incriminadoras estarem devidamente previstas em leis, deve haver também a taxatividade dessas normas, pois de nada adianta a existência de leis, se as mesmas são ininteligíveis e de difícil compreensão por parte da população. As leis penais devem ser certas, precisas, determinadas, para evitar interpretações duvidosas, que vão gerar insegurança na sociedade.¹⁶

No entanto, com relação à expressão organizações criminosas, não cabe qualquer tipo de interpretação, pois sequer foi criado o tipo penal. Não se pode falar em taxatividade sem legalidade, já que um decorre do outro.

A Lei 9.034/95, por não ter definido o que se entende por organizações criminosas, perde boa parte de sua eficácia, além de apresentar outras situações que a doutrina considera como inconstitucionais, a saber:

a) art. 2º, inciso II: versa sobre a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por *organizações criminosas* ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

b) art. 2º, inciso IV: referente à captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

¹⁶ Trata-se, na verdade, do princípio da taxatividade. Beccaria já afirmava no século XVIII: “Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. Esse inconveniente é bem maior ainda quando as leis não são escritas em língua vulgar” (BECCARIA, 1999:31).

c) art. 2º, inciso V: trata da infiltração por agentes de polícia e de inteligência, em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

d) art. 4º: dispõe que os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por *organizações criminosas*;

e) art. 5º: determina que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por *organizações criminosas* será realizada independentemente da identificação civil;¹⁷

f) art. 6º: reza que nos crimes praticados em *organização criminosa*, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria;

g) art. 7º: dispõe que não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na *organização criminosa*;

h) art. 10º: finalmente, a lei determina que os condenados por crimes decorrentes de *organização criminosa* iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

1.3. À guisa de conclusão

Ao comentar a falta de definição típica da figura citada na lei como organização criminosa, Costa assevera que a lei de 1995:

(...) da forma como se encontra feriu o princípio da legalidade e é um reflexo do processo de criminalização crescente que teve início nas décadas de oitenta e noventa, quando o Estado de Direito se afirmou nas sociedades industriais contemporâneas (COSTA, 2004:91).

E conclui, citando Polastri Lima, afirmando que a lei:

(...) da maneira como foi promulgada, pouco ou em nada contribuirá para o combate às organizações criminosas, e mais, trata-se de mais uma lei elaborada sob o pálio da política criminal, equivocadamente, que, como demonstramos, acaso seja interpretada erroneamente, afrontará princípios constitucionais e processuais penais (COSTA, 2004:91).

O combate ao fenômeno da criminalidade organizada é medida premente e não deve ser colocada em segundo plano pelas autoridades. Os efeitos nefastos desse tipo de atividade ilícita são sentidos há décadas e ainda não se conseguiu combatê-la com eficiência.

¹⁷ Sobre a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, ver a seguinte decisão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: RHC, n.º 2002/0068762-2, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgamento em 05/08/2004, publicado no DJ em 20/09/2004, p. 303.

A única legislação do país criada especificamente para inibir as investidas delituosas desses grupo é inoperante.

Com a transcrição dos dispositivos da Lei 9.034/95 acima se percebe que o referido diploma legal ofendeu frontalmente o princípio da legalidade quando deixou de definir o que se entende por organizações criminosas. Tal lapso do legislador é inconcebível em um Direito Penal moderno, humano e de garantia.

REFERÊNCIAS

- BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho Penal* - Introducción y Parte General. 17.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas* (Dei Delitti e delle pene – 1764). Trad. Paulo M. Oliveira. 13.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.
- CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações Criminosas no Direito Penal Brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v.6. n.24, p. 99-124, out.-dez. 1998.
- COSTA, Renata Almeida da. *A Sociedade Complexa e o Crime Organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado: que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001?* (apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). São Paulo: RT, ano 91, v. 795, p.486-492, jan. 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 59-69, out.-dez. 1997.
- HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 8, p. 55-69, jan.-mar. 1994.
- JESUS, Damásio E. de. Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao Direito Penal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 8, n. 31, p.137-143, jul.-set. 2000.
- MANHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. II, 1993.
- MAYOR M., Pedro Juan. Concepción criminologica de la criminalidad organizada contemporánea. *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 216-225, jan.-mar. 1999.
- MONTALVO, José Antonio Choclán. Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoria y participación. In: PEREZ, Carlos Granados et al. *La Criminalidad Organizada*. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 4, n. 13, p. 182-190, jan.-mar. 1996.
- SCHILLING, Flávia. Corrupção, crime organizado e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v.9, n.36, p. 400-409, out.-dez. 2001.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. Discursos sediciosos, Rio de Janeiro: Relume/Dumará, ano I, v. 1, p. 45-67, 1996a.

RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO SINDICATO NO BRASIL: DA ERA VARGAS À ATUAÇÃO INTERNACIONAL NO MERCOSUL

Luciana Vilar de Assis^{*}

RESUMO: O sindicato desponta, através dos anos, como a forma legal de junção de ideais trabalhistas capaz de concretizar os anseios dos trabalhadores. A visão histórica desse assunto permite que seja destacada a importância do sindicato nos cenários político e econômico de nosso país e mostra na nossa história a importância que essa entidade sempre teve como órgão de classes apto a buscar melhores condições de trabalho. Nesse estudo ainda é destacada a necessidade de modernização dessa instituição frente à inevitável globalização da economia e a conseqüente interação das nações.

Palavras-chave: Sindicato. Relação de Trabalho. Atuação Sindical. Modernização.

ABSTRACT: The syndicate blunts, through the years, as the legal form of junction of working ideals capable to materialize the yearnings of the workers. The historical vision of this subject allows that the importance of the syndicate in the scenes is detached economic politician and of our country and shows in our history the importance that this entity always had as apt agency of classrooms to search better conditions of work. In this study still it is detached the necessity of modernization of this institution front to the inevitable globalization of the economy and the consequent interaction of the nations.

Key-words: Syndicate. Relation of Work. Syndical Performance. Modernization.

^{*} Mestre em Ciências Jurídicas. Professora da Fesp Faculdades da disciplina Direito Administrativo.

1 Considerações Iniciais

Os trabalhadores, de uma forma geral, na busca por proteção a seus direitos, necessitam de uma instituição que esteja atualizada com os novos ditames econômicos premidos pela globalização e que seja capaz de representá-los nos mais diversos panoramas, quer sejam eles nacionais ou regionais. Em diversos períodos de nossa história, pode-se perceber que os sindicatos sempre estiverem presentes e, na busca pela preservação de direitos outrora conquistados, empreenderam verdadeiros embates políticos com os governantes de determinadas épocas.

Atualmente, com a iminente quebra de fronteiras entre países, direitos trabalhistas correm o risco de serem suprimidos em favor de uma ordem global. Na busca desmedida de crescimento e de inserção no panorama mundial, países envolvidos em blocos econômicos, a exemplo do Brasil, podem se ver forçados a suprimir determinados direitos fundamentais. É nesse momento que se faz indispensável a atuação sindical. A busca por desenvolvimento político-econômico não pode colidir com direitos indispensáveis ao homem trabalhador e apenas uma instituição forte e bem estruturada, envolvida com os problemas atuais, é capaz de resolver esses impasses.

2 Retrospectiva Histórica do Sindicato

O sindicato, assim como o sindicalismo, é consequência do sistema capitalista que aí se encontra e surgiu da necessidade de proteção do homem trabalhador diante do cenário político-econômico gerado pela diferenciação econômica existente nesse tipo sistema. Vários períodos de nossa história demonstram a luta empreendida pela classe operária na busca de seus direitos, principalmente no que diz respeito às relações diretas entre empregador/empregado. Deve-se ressaltar, ainda, que em determinados momentos se tentou, e até se conseguiu, atrelar a atividade sindical aos interesses do Estado de forma que os pleitos trabalhistas não gerassem obstáculos aos intentos governistas.

Na busca pela significação ideológica da expressão “organização sindical”, faz-se necessário um retorno no tempo para que sejam delineados os parâmetros pelos quais o sindicato passou e, a partir do conhecimento desse aparato, se chegar à noção do que essas organizações representam hoje.

2.1 Estrutura Organizacional Trabalhista Anterior a 1930

A intenção de se agrupar para buscar melhores condições de trabalho remonta ao berço da escravidão quando os negros, que aqui estavam, se reuniram para deflagrar a libertação das “algemas” que os ligavam aos seus senhores. A construção de Palmares refletia o ideal de igualdade entre os seres humanos, patamar esse desconhecido pelo sistema colonial da época.

Passados vinte e quatro anos desde a chacina de Palmares, o Brasil se vê envolvido em um fraco processo de industrialização, mas, utilizando-se de mão-de-obra barata constituída pelos ex-escravos, a partir de 1880, começa a expandir seu potencial industrial. Com condições insuficientes de prover o bem-estar do trabalhador na indústria, além da precariedade de moradia e a instabilidade no emprego, os empresários tinham como meta única alcançar o lucro imediato.

A busca por mão-de-obra mais qualificada fez com que o Brasil aceitasse a entrada de imigrantes que eram destinados à lavoura de café e, no anseio de maiores produções, não se percebeu que essas pessoas tinham em si um ideal de classe operária. Em contrapartida, para conter o avanço da idéia outrora incutida na mente dos trabalhadores brasileiros de que o operário não era apenas uma massa de pessoas que dava lucro, mas, sobretudo, eram pessoas, foi editada a lei de expulsão dos imigrantes em 1921, batizada de Lei Adolfo Gordo, seu mais fiel defensor. Entretanto, os ideais defendidos pelos anarquistas, socialistas e pelos anarco-sindicalistas, que surgiram com o processo de imigração, já estavam incutidos no âmbito laboral. A defesa pela elaboração de uma legislação social, aos moldes da existente na Europa, levaram algumas associações de trabalhadores e reivindicar do governo a regulamentação de algumas condições de trabalho.

Com a edição do Decreto nº 979, em 6 de janeiro de 1903, que se caracterizou mais como uma introdução do cooperativismo, sem muito propósito de promoção da unidade de classe, passando pela Coluna Prestes que propunha um movimento contra o Governo de Artur Bernardes e a favor da derrocada da elite dominante até a disputa presidencial entre Júlio Prestes e Getúlio Vargas, são várias as passagens na história que marcam períodos desde a noção de civilização no trabalho até a confecção de ideais trabalhistas. Entretanto, o que se constata realmente desse primeiro período da história social no Brasil é a tentativa de criação de um mecanismo que fosse capaz de resolver os conflitos por acaso existentes entre patrões e empregados ao mesmo tempo em que se fixavam padrões pelos quais, através de uma democracia disfarçada, os interesses desses últimos não fossem capazes de se sobrepor aos dos demais.

É essa idéia de sindicalismo, de cooperativismo entre as partes envolvidas e de autonomia “concedida” pelo Poder Público, estabelecida entre a edição do Decreto nº 1.637/07 e o ano de 1930, que vai marcar toda uma época na qual o embrião do espírito sindical mostrava-se envolvido pela “mão generosa” do Estado.

2.2 O período 1930 – 1934

Com a Revolução de 30, cai o governo de Washington Luiz e assume, provisoriamente, uma junta militar formada pelos Generais Tasso Fragoso, Mena Barreto e o Contra-Almirante Isaías de Noronha, que passariam, posteriormente, o comando nacional a Getúlio Vargas. Empossado no governo, Vargas cumpriu a promessa de criar um Ministério destinado aos assuntos do Trabalho para dirimir os conflitos trabalhistas e amparar a questão social, abandonada no período passado. Todavia, o medo de que os anarquistas, comunistas e estrangeiros pudessem conturbar o governo, o Ministério tão aplaudido acabou por tolher a liberdade que os operários buscavam com tanta ansiedade frente ao Estado. Em 19 de março de 1931, foi promulgado o Decreto nº 19.770, apelidado de Lei Sindical, e em seu texto já se podia perceber a forte interveniência estatal no que diz respeito à organização de trabalhadores em sindicatos. No texto, entre outros pontos, destacava-se o fato de que o Estado, de forma obrigatória, teria que se manifestar sobre a formação de novos sindicatos. Era uma forma de “domesticação” dessas entidades.

Os anarquistas repudiavam veementemente o conteúdo do referido Decreto que, além dos propósitos acima mencionados, impunha o sindicalismo obrigatório e o afastamento de operários estrangeiros dos cargos de direção, além de reduzir a instituição do sindicato a simples órgão de colaboração do governo.

Apesar do discurso transformista em relação à seara social, Vargas não convenceu totalmente a classe operária que, desconfiada dos ditames trabalhistas até então promulgados, viam nos companheiros políticos do Presidente uma via de manutenção disfarçada dos interesses da classe industrial. E, em verdade, apesar da classe burguesa/industrial não ter tido participação efetiva na Revolução de 30, foi com o novo governo, que primava pela política industrializante, que teve sua edificação fortalecida e fez com que o Estado, que surgiu em decorrência dessa revolução, passasse a ser denominado “Estado de Compromisso” conjugando de um lado as forças oligárquicas da República Velha e de outro a classe urbana privilegiada em ascensão.

Nos principais centros urbanos foram instaladas unidades do Ministério do Trabalho nas quais o trabalhador reivindicava os direitos até então conferidos à sua classe. A reação da classe patronal tornou-se inevitável. Nesse momento, a classe burguesa passa a estigmatizar Getúlio e a conspirar a derrocada do governo, ao passo que os “sindicatos domesticados” caminhavam na via traçada pelo poder.

2.3 O período 1934 – 1937

O comando geral do Governo estava nas mãos de Getúlio Vargas, que tinha assumido, inicialmente, apenas por um período transitório. O Congresso Nacional era constituído pela classe dominante, o que manteria, de certa forma, o protecionismo dos interesses da classe patronal.

Com a edição do Decreto nº 22.696/33, em época anterior à Carta de 1934, instituiu-se a participação de representantes da classe operária na formação do corpo legislativo nacional, o que não significava meio eficiente na busca da defesa de direitos trabalhistas. Confiava-se que o Ministério do Trabalho usaria essa representação a sua maneira e aqueles que fossem escolhidos, necessariamente, deveriam ser submissos ao seu comando. Essa “mudança” nos quadros do Legislativo só serviu para confirmar o papel dos sindicatos como órgãos de colaboração do Estado tolhendo-lhes a possibilidade de se manifestarem como classe.

Na busca da elaboração do texto e da aprovação da Constituição de 1934 foi instalada a Assembléia Nacional Constituinte que seria a responsável para ditar as normas que regeriam o país. Já com a participação de diversos setores, conforme previa o Decreto acima referido, o governo buscou dirigir os trabalhos da Assembléia de forma que os seus interesses prevalecessem. Assim, foi formada a bancada governista para dar apoio irrestrito ao governo formada pelas forças oligárquicas além dos representantes dos trabalhadores eleitos nos sindicatos legalizados. A oposição coube aos representantes tenentistas.

Com a eleição para a composição da Assembléia Nacional Constituinte, realizada em maio de 1933 e instalada em novembro do mesmo ano, o previsível aconteceu: o tenentismo se viu enfraquecido diante da vitória dos representantes das elites dominantes. A aprovação da Constituição de 1934, em 16 de julho, diante desse panorama nacional, consolidou as idéias conservadoras e marcou o declínio do tenentismo com a conseqüente ascensão dos militares no cenário político. Com um texto liberal para a época, a Constituição, no que se

refere aos direitos sociais, acatou a idéia de pluralidade sindical e da autonomia sindical em lugar do sindicato único por categoria profissional.

Nos embates entre o preceituado pela nova Carta e pela situação de controle estatal sobre as entidades sindicais (o pluralismo, apesar de previsto, nunca veio a ser regulamentado) surgem no cenário político a Aliança Nacional Libertadora – ANL e a Ação Integralista Brasileira – AIB. A primeira, constituída pelos esquerdistas, foi a grande massa capaz de se opor ao governo e pugnar pelo não pagamento da dívida externa assim como pela diminuição do pagamento dos impostos pela classe trabalhadora. Era uma frente de oposição ao governo de Vargas. Taxada de subversiva, a ANL foi fechada e teve início o período de perseguições com prisões e expulsão de militares que deram apoio à Aliança.

A AIB, liderada por Plínio Salgado que, por sua vez, dava total apoio ao governo Getulista, repudiava o capitalismo e combatia o sistema econômico liberal-democrata ao mesmo tempo que indicava que o comunismo não era a solução para resolver os impasses sociais. Foi apresentada uma proposta na qual se defendia a organização sindical corporativa e enfrentamento de quaisquer meios que tentassem implantar o sistema de pluralidade sindical, visto como deturpador do verdadeiro espírito sindical. Os integralistas queriam o poder.

Getúlio Vargas presenciando o envolvimento do país em “guerras” políticas e vendo suas metas serem atacadas pela ANL e pelos Integralistas, apoiando-se no propósito de salvar o Brasil de uma catástrofe social, faz denunciar através do governo a existência de um documento comunista (Cohen) construindo todo um cenário para a implantação do Estado Novo. Com a sua instauração em 10 de novembro de 1937, Vargas determinou o fechamento de Congresso e outorgou uma nova Constituição (1937), que lhe conferia o controle dos poderes Legislativo e Judiciário. No início do mês seguinte, assinaria um decreto determinando o fechamento dos partidos políticos, inclusive a AIB.

2.4 O período 1937 – 1946

Com a promulgação da nova Constituição, decorrente do golpe de Estado, inicia-se um período na história brasileira que ficou conhecido como Era Vargas perdurando de 1937 a 1945. A principal característica da Carta de 37 era a enorme concentração de poder nas mãos do chefe do Executivo e a intervenção do Estado na economia era um forte impulsionador desse caráter autoritário. Ganhou destaque também o estímulo à organização sindical em moldes corporativos, uma das influências mais evidentes dos regimes fascistas então em

vigor. Os direitos trabalhistas outorgados aos trabalhadores individuais pela Constituição de 34, como repouso semanal remunerado, estabilidade e salário mínimo foram mantidos. Em contrapartida, a representação legal dos trabalhadores só era admitida através de sindicatos reconhecidos pelo Estado (art. 138). Tanto a greve como o *lock out* eram atos considerados como anti-sociais e a existência de sindicatos não imprimia a esses órgãos liberdade e autonomia.

Escoada nesse espírito intervencionista e inspirada na *Carta Del Lavoro* da Itália, a feição corporativista contaminou todo o texto legal de 37. Como havia a necessidade de reconhecimento oficial dos sindicatos pelo Estado, tolhia-se a possibilidade de existência de outros agrupamentos. Foi criado o sindicato por categoria, econômica ou profissional, e este exercia atividade delegada do poder público, por isso totalmente atrelado ao Estado. Com a edição do Decreto nº 1.402, de 5 de julho de 1939, fez-se a regulamentação do sindicato único (na mesma base territorial – art. 6º) e se permitiu a intervenção e interferência do Estado no sindicato. Além disso, era imposição estatal a observância da política econômica traçada pelo governo sob pena de ser retirada a carta sindical conferida a associação. De acordo, ainda, com o decreto, para que um sindicato fosse reconhecido era necessária a apresentação de uma solicitação ao Ministério do Trabalho. Nela deveria constar, dentre outras exigências, a afirmação de que seria um órgão de colaboração com o poder público (art. 8º, §1º, “c”).

Conforme preleciona Arouca (2003:154):

A organização sindical deveria observar o sistema da unicidade, permitindo-se sindicatos distritais, municipais, intermunicipais, estaduais, interestaduais e excepcionalmente nacionais, sempre como favor do Ministro, a quem competia delimitar a base territorial na carta de reconhecimento, a partir de quanto assumia as prerrogativas e deveres de representação. Admitia-se, também, a instituição de delegacias ou seções. Mas o funcionamento do sindicato só seria admitido mediante respeito aos seguintes pressupostos: a) abstenção de qualquer propaganda de doutrinas incompatíveis com as instituições e os interesses da Nação, bem como de candidaturas a cargos eletivos estranhos à entidade; b) proibição do exercício de cargos eletivos cumulativamente com o de emprego remunerado pelo sindicato; c) gratuidade do exercício dos cargos. Mas a criação dos sindicatos dava-se em forma de associação profissional e aí o regime era pluralista. As associações transformavam-se em sindicato mediante, na forma da redação adotada, investidura sindical, conferida pelo Ministro, a seu juízo, à associação mais representativa, valendo para sua caracterização os seguintes elementos: a) número de associados; b) serviços sociais mantidos; c) valor do patrimônio [...].

Foram estabelecidas todas as formalidades para o funcionamento do sindicato, inclusive a previsão da existência de Federações e Confederações. Era uma estrutura

verticalizada com os sindicatos na base, as federações no centro e as confederações no ápice. O controle financeiro era feito pelo Ministério do Trabalho que deveria receber relatórios desde a previsão orçamentária até as alterações no quadro associativo. Com a edição do Decreto-Lei nº 1.402/39 foi criado o sindicato oficialista. Era, dessa forma, estabelecido o controle estatal sobre as organizações sindicais que perpetuaria por longos anos. A idéia de sindicato corporativista atrelado ao Estado, aqui implantada, iria permanecer em vários momentos da história e ainda fincar suas raízes nos ordenamentos jurídicos posteriores, a exemplo da atual Constituição que adota o princípio da unicidade, nosso mais antigo resquício da ingerência estatal sobre os sindicatos e, ainda, permanente no ordenamento jurídico nacional.

Pautado nos parâmetros traçados pelo referido decreto, a estrutura dos sindicatos foi montada na relação categoria profissional e base territorial. O que se deve destacar é que esses critérios de ajustamento eram delineados pelo Ministério do Trabalho de forma que, se a sua composição fosse modificada, possivelmente o critério adotado para estruturar os sindicatos também mudaria, para se amoldar aos interesses dos novos componentes do Ministério. Outra medida adotada pelo Decreto nº 1.402/39 foi a proibição de criação de sindicatos relacionados a uma mesma profissão. Sobre essa disposição, Loguercio (2000:50) assevera que:

[...] sob a fachada de 'unificar' os trabalhadores, combinando com os demais critérios de controle da organização sindical pelo Estado, está diretamente associado à visão totalitária de uma sociedade planejada pelo Estado, mas fazendo-se incrivelmente presente em toda a nossa História Republicana, sob os auspícios de todas as nossas Constituições.

Enfim, o movimento sindical desse período encontrava-se atrelado ao Estado devido, principalmente, a atuação de seus dirigentes que eram ligados diretamente ao governo.

A Carta de 1937, definitivamente, submeteu o sindicato ao dirigismo estatal golpeando a liberdade sindical em sua autonomia, quer seja em face ao Estado, quer seja em face aos integrantes do próprio grupo. O sindicato único jungido ao Estado, com funções públicas delegadas por este, representava os interesses gerais dos participantes da categoria de produção para que foi constituído.

O avanço do comunismo em algumas partes do mundo revelava o conflito que passaria a existir entre a intervenção estatal dominadora na seara trabalhista e os anseios para o reconhecimento dos direitos laborais. Por outro lado, nesse período, envolto com a Segunda Guerra Mundial, o Estado se viu contornado pelo espírito da democracia. A entrada do Brasil na Guerra ao lado dos Aliados contra o segmento nazi-fascista gerou uma contradição na

política pregada pelo governo brasileiro. Os efeitos dessa aliança, ao mesmo tempo que davam ao governo a possibilidade de adiar, por tempo indeterminado, a consulta popular que deveria validar a Carta de 1937, colocavam em xeque a ditadura que vigorava no país. As oposições procuraram aproveitar o desgaste do governo decorrente dessa contradição para retomar a iniciativa de ataques à política ali posta. Foi nesse quadro de redefinições que o Estado Novo entrou em crise e finalmente caiu em outubro de 1945.

Com o iminente fim do Estado Novo começaram os incentivos à realização de uma nova eleição para a retomada da democracia. Segue-se a essa época o governo de Eurico Gaspar Dutra (de 31 de janeiro de 1946 a 31 de janeiro de 1951) que, vinculado aos ditames americanos, empenha-se no fechamento do Partido Comunista e no afastamento de seus parlamentares. No seu governo têm início os trabalhos constituintes para a elaboração de uma nova constituição que ficaria pronta em 1946 possuidora de caráter liberal-democrata.

Sobre a ansiedade brasileira pelo nascimento de uma nova Constituição, pode-se destacar que:

[...] Teríamos, finalmente, uma democracia real e efetiva e um regime de liberdade e justiça social, ou continuaríamos ainda sob o guante das oligarquias elitistas, após quinze anos de sufoco ditatorial com tendência paternalista e populista? Nela estavam representadas várias correntes de opinião: direita conservadora, centro democrático, progressistas, socialistas e comunistas, predominando a opinião conservadora (90% dos constituintes estavam vinculados direta ou indiretamente à propriedade imobiliária). [...] O certo é que sete meses depois era promulgada a *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*, apesar de tudo, a mais democrática de nossas Constituições até a superveniência da Constituição em vigor. [...] Sob sua égide, o Brasil construiu o Estado mais moderno do Terceiro Mundo, até que o golpe de 1964 instituisse um novo regime autoritário e de atraso. (SILVA, 2000:103).

Em seguida ao governo de Dutra, “pelos braços do povo”, volta ao poder Getúlio cujo governo se desenvolveria entre 31 de janeiro de 1951 e 28 de agosto de 1954.

Em um novo período, Getúlio adotou um tom nacionalista e desenvolvimentista voltado especialmente para os setores da indústria de base, siderúrgica e petroquímica, energia, transportes, frigoríficos e implementos agrícolas. A política nacionalista começa a assustar os que se beneficiavam do capital estrangeiro e instala-se no país uma séria desconfiança em relação ao governo, taxado de corrupto pela oposição, o que desencadearia, mais tarde, a adesão da burguesia ao movimento oposicionista ao governo. Cai Getúlio. Assume Juscelino Kubitschek tendo como vice-presidente João Goulart, do PTB getulista. Juscelino governaria de 31 de janeiro de 1956 a 31 de janeiro de 1961. O que se pode destacar desse período, no que se refere à atuação sindical, é que os dois primeiros Ministros do Trabalho de seu

governo tentariam evitar a participação política da classe operária adotando medidas para impedir que comunistas extremistas tomassem a direção dos sindicatos reprimindo, dessa forma, as reivindicações dos trabalhadores.

Com a esperança de um país livre da corrupção e em busca do desenvolvimento, assume a Presidência da República, em 31 de janeiro de 1961, Jânio da Silva Quadros. Apesar de ter sido eleito com uma expressiva quantidade de votos, além de ter o apoio dos sindicatos, Jânio renuncia ao governo em 25 de agosto de 1961, sete meses após a eleição. Assume em 7 de setembro de 1961, sob o regime parlamentarista, o seu Vice, João Goulart – Jango. Jango governaria até 31 de março de 1964 e enfrentaria momentos de confrontos políticos e sociais desencadeadores de greves urbanas e rurais.

Com uma política de contenção salarial dando base a uma política de estabilização, Jango, que se dizia apoiar os sindicatos, maculava aquilo que eles mais defendiam: o direito a um salário justo. Detentor de uma dívida externa considerável, o Brasil nessa época já envidava esforços para atender ao Fundo Monetário Internacional – FMI. Manter as taxas de crescimento da economia e reduzir a inflação eram imposições que o FMI apresentava ao governo brasileiro como pressuposto para a obtenção de novos empréstimos, para a renegociação da dívida externa e para a elevação do nível de investimento. Enfim, com a adoção dessas medidas, o governo perdeu apoio e para retomar a simpatia da população Jango abandonou as metas apresentadas pelo FMI o que geraria mais tarde a retaliação estrangeira: governo e empresas privadas norte-americanas cortariam o crédito para o Brasil e interromperiam a negociação da dívida externa. Com a economia desorganizada e o povo insatisfeito com o governo iniciaram-se as manifestações pela derrocada do Presidente. Assim terminaria a fase rápida de democracia no nosso país.

2.5 O período de 1964 – 1985

A história brasileira consegue registrar diversas passagens de movimento popular que ficariam marcadas na caminhada pela democracia. Não seria diferente na deflagração do golpe de 64.

Com a insatisfação de toda a população, assalariados e burgueses, estes últimos com medo de que os primeiros (taxados de comunistas) dominassem o país, começa-se a preparar o levante de 64. Com uma oposição explícita dos oficiais das Forças Armadas ao governo de João Goulart, que deixariam claro o poder armado que detinham e, com o apoio dos grandes industriais e banqueiros, o golpe não tardaria.

O Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais – IPES e o Instituto Brasileiro de Ação Democrática – IBAD colocaram agentes de informação dentro dos sindicatos, igrejas e entidades estudantis preparando o cenário para a tomada do governo.

Em 19 de março foi realizada, em São Paulo, a maior mobilização contra o governo: a "Marcha da Família com Deus pela Liberdade", organizada por grupos da direita, com influência dos setores conservadores da Igreja Católica. A manifestação, que reuniu milhares de pessoas, forneceu o apoio político para derrubar o Presidente. No dia 31 de março, iniciou-se o verdadeiro movimento para o golpe. Diante daquelas manifestações e ao perceber que seu governo não encontraria apoio nos segmentos mais influentes, Jango abandona a Capital e vai se refugiar em Porto Alegre. É decretada a vacância da Presidência pelo então Presidente do Senado Auro de Moura Andrade. Daí em diante o que se vê no governo é uma sucessão de Presidentes militares que passariam a limitar o poder do Congresso Nacional, suspendendo inclusive a garantia de imunidade parlamentar, e atribuindo a si mesmo o poder de cassar mandatos. No que diz respeito às atividades sindicais houve intervenção governista nas organizações de maior representatividade e, dessa forma, o governo conseguiu sufocar, de forma radical, o movimento trabalhista.

Em 1968, com a promulgação do Ato Institucional n. 5 concretizou-se legalmente o governo pelo qual os militares ansiavam: a ditadura. A Justiça do Trabalho, envolta por esse novo cenário político, também se juntou aos postulados da revolução editando o prejulgado 23: "Falece competência à Justiça do Trabalho para determinar a reintegração ou a indenização de empregado demitido com base nos atos institucionais."

Os sindicatos diante da política autoritária dos governos militares recuaram em determinados momentos para em 1978 retomarem seu caráter de órgão reivindicatório. E o meio para se fazer presente no cenário político-econômico, defendendo os interesses dos trabalhadores, principalmente no que diz respeito à política salarial, se materializava através das greves, vistas pelo governo como uma atitude desafiadora à sua política econômica.

2.6 O Sindicato Após o Advento da Constituição de 1988

Desde 1931 a organização sindical brasileira sofreu o forte impacto do dirigismo estatal que vinculava e subordinava o sindicalismo ao Estado. Com a Constituição de 1988 avanços se fizeram notar no sentido de se dar garantia aos direitos sindicais coletivos aproximando-os dos padrões de liberdade sindical estabelecidos no âmbito internacional e no direito comparado. Com a promulgação da nova Carta, surge a abertura legal que favorece o

movimento sindical, modificando o sentido da legislação brasileira que, até 1988, é repressiva. Um passo é dado, sem dúvida, no sentido das previsões da Convenção nº 87/1948 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ainda não ratificada pelo Brasil.

Delgado (2004:1.362), a respeito desse caráter inovador da Constituição de 1988, observa que:

Não se pode negar, é verdade, os claros pontos de avanço democrático na Constituição brasileira: a nova Carta confirma em seu texto o primeiro momento na história brasileira após 30 em que se afasta, estruturalmente, a possibilidade jurídica de intervenção do Estado – através do Ministério do Trabalho – sobre as entidades sindicais. Rompe-se, assim, na Constituição com um dos pilares do velho modelo: o controle político-administrativo do Estado sobre a estrutura sindical.

Uma das inovações introduzidas pela nova Carta estabelece que o Estado não pode interferir ou intervir na organização dos sindicatos. O que se pretende com essa disposição é afastar a possibilidade de o Estado escolher os dirigentes dos sindicatos através de delegação de “poderes” para a sua gerência e, dessa forma, deixar, decisivamente, de interferir nas ações sindicais. Com o novo texto foram mantidos o sistema sindical organizado por categorias e o sistema confederativo, além da cobrança de contribuições para o custeio do sindicato. A negociação coletiva também alcançou o patamar constitucional sendo reconhecidas as convenções e os acordos coletivos, pondo-se fim, assim, ao monopólio do Estado na criação das normas.

Entretanto, não obstante ser o novo diploma constitucional brasileiro dotado de uma relevante renovação, manteve-se afastada de seu texto a liberdade sindical, tão alardeada pela Assembléia Constituinte de 1988. Com efeito, ainda se impõe o monopólio da representação sindical e se impede que os sindicatos sejam estruturados segundo a vontade do grupo de trabalhadores ou de empresários que os formavam. Misailidis (2001:79) critica essa posição adotada pela nova Carta, pois, ao mesmo tempo em que a criação de sindicatos deixou de ser pré-estabelecida e imposta pelo Estado, afastando a possibilidade de sua ingerência, manteve-se o sistema unicista para a organização sindical. A liberdade apregoada no texto constitucional refere-se à organização dos trabalhadores sem quaisquer interferências do Poder Público, mas tolhe a liberdade de criação de mais de um sindicato por categoria na mesma base territorial a qual não deve ser menor que o município.

A autonomia do sindicato com o conseqüente afastamento do controle excessivo do Estado sobre a entidade, assegurada no art. 8º, I, da CF/88, rompe, nesse aspecto, com a influência corporativa do Estado ditatorial de outrora. Era a Constituição cidadã que surgia

naquele momento. Silva (2000:110), expressando a idéia de rompimento do novo texto constitucional com os ideais autoritários do passado, assevera que:

A Constituição de 1988 não é uma constituição ideal de nenhum grupo nacional. Talvez suas virtudes estejam exatamente em seus defeitos, em suas imperfeições, que decorreram do processo de sua formação lenta, controvertida, não raro tortuosa, porque foi obra de muita participação popular, das contradições da sociedade brasileira e, por isso mesmo, de muitas negociações [...].

Em 22 de junho de 1992, Collor instituiu a Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho com o intuito de elaborar cinco anteprojetos que se referiam, basicamente, às relações individuais e coletivas de trabalho, à administração pública do trabalho, ao processo e à organização judiciária do trabalho. Quanto à organização sindical o texto elaborado pela Comissão balizava-se na Convenção nº 87 da OIT e defendia, dentre outras disposições, a autonomia, a liberdade e pluralidade sindicais.

Todavia, com a prioridade de privatização das empresas nacionais e a contenção da inflação, o país presenciou o “mar de lama” que existia no Planalto, encoberto por uma rede de corrupção governista. Cai, novamente, um Presidente da República, desta vez, através do “impeachment”. E assim, antes mesmo que tivesse início a votação do anteprojeto elaborado pela Comissão de Modernização da Legislação, foi este arquivado.

Com Fernando Henrique Cardoso na Presidência da República por oito anos, adotando os mesmos padrões neoliberais para as relações de trabalho, seguiu-se o intento de adaptar o Direito do Trabalho ao figurino mundial ditado pela globalização.

3 A Necessidade de Modernização do Sindicato Brasileiro

Historicamente falando, com o suposto fim do embate entre o capitalismo e o socialismo, chega-se à conclusão de que a humanidade se defronta apenas com um único sistema político-econômico: o capitalismo. A supremacia desse modo de produção aparece logo após a Segunda Guerra Mundial com o aparato apresentado pelos Estados Unidos no qual a forma original do capitalismo tem seu berço.

Após a derrocada do socialismo, a internacionalização do capitalismo atinge praticamente todo o planeta e se intensifica a tal ponto que merece uma denominação especial - globalização -, marcada basicamente pela mundialização da produção, da circulação e do consumo, vale dizer, de todo o ciclo de reprodução do capital. Nessas condições, a eliminação de barreiras entre as nações torna-se uma necessidade, a fim de que

o capital possa fluir sem obstáculos. Daí o enfraquecimento do Estado, que perde poder face ao das grandes corporações. A idéia tradicional de soberania perde força e o isolacionismo perde seu sentido. O avanço econômico nas diversas nações do mundo conduz a uma realidade onde não haverá mais países exclusivamente independentes. Haverá sim, ao menos se apregoa, países que atuarão em conjunto buscando avanços e a diminuição dos problemas econômicos que assolam cada um e cedem espaços para a interação com economias diferentes.

A seara trabalhista, diante desse quadro de transformações sociais, é afetada sobremaneira com esse processo de mundialização, pois o "motor" da globalização é a competitividade. Visando à obtenção de produtos competitivos no mercado, as grandes empresas financiam ou promovem pesquisa, do que resulta um acelerado avanço tecnológico. Esse avanço implica informatização de atividades e automatização da indústria, incluindo até a robotização de fábricas. Em consequência, o desemprego torna-se estrutural e, ao mesmo tempo, o maior problema da atual fase do capitalismo.

Cordeiro (2000:37) menciona um efeito principal decorrente do processo de globalização, qual seja, o declínio do modelo tradicional do Estado soberano e elenca, como efeitos secundários os seguintes: acirramento da concorrência internacional; aumento dos processos de acumulação e das desigualdades regionais; alteração do perfil das relações de trabalho; diminuição do intervencionismo estatal e adoção de idéias neoliberais; declínio do ideal democrático clássico e tendência para o autoritarismo; acirramento dos processos de exclusão social, desemprego estrutural e queda dos salários reais; agravamento dos desequilíbrios ecológicos e ocidentalização do mundo através da massificação da cultura americana.

A alteração do perfil das relações de trabalho acontece em meio a defesa da flexibilização das normas trabalhistas e do dinamismo na contratação da mão-de-obra através da terceirização e da prática de contratação por tempo determinado. O Estado interfere menos na sociedade e assume uma posição abstencionista, atitude que vai de encontro com a postura desenvolvida nas décadas anteriores. Com essa idéia de afastamento do Estado (Estado mínimo, Estado "enxuto") a grande massa de obreiros passa a viver uma crise de desemprego estrutural sendo amparada por postos de subempregos e forçada a aceitar a diminuição considerável do salário para não se ver afastada do setor empregatício.

Nesse cenário "moderno" a organização sindical também é afetada. Na busca desmedida de acompanhar a evolução da sociedade, vários governos assumem uma postura anti-sindical pautando suas ações na idéia de que sindicatos são elementos de atraso porque

são capazes de impedir, ou até mesmo dificultar, os avanços pelos quais a economia clama. Isso se deve ao fato de que, o sindicato hoje, se transveste em uma entidade de luta pelo progresso e pela defesa dos interesses dos trabalhadores.

Não restam dúvidas sobre o fato de que o movimento sindical tem desafios a vencer. O processo produtivo resultante da aplicação das novas tecnologias e os processos de integração econômica, a exemplo do Mercosul, trazem consigo inevitáveis conseqüências na organização das empresas e serviços como: a fragmentação e mobilidade profissionais; a eliminação de postos de trabalho; o aumento da precarização e do desemprego. Isso exige respostas da organização sindical e ações intensas que custam a surgir.

Rodriguez (1995:17) discorrendo sobre a problemática dos trabalhadores no Mercosul, assevera que:

Entendemos que es una exigencia del momento histórico que se está viviendo em todo el mundo. Las diversas regiones del universo tienden a integrarse em comunidades regionales que se complementem entre sí y acrecienten su potencialidad. En la actualidad se percibe una tendencia hacia la descentralización en el seno de cada país y hacia la integración en la escala continental o regional. No son contradictorias porque hay esferas de acción que se cumplen mejor a nivel local, departamental o providencial y hay otras esferas de acción que se desarrollan más adecuadamente a escala regional o continental.

Nesse panorama regional construído pela implementação do Mercosul, a possibilidade de atuação sindical no âmbito internacional torna-se cada vez mais necessária em decorrência da existência de legislações diversas e da necessidade de uma harmonização das normas para que direitos outrora conquistados não sejam suprimidos em favor de uma ordem global. A ampliação do mercado tem como efeito positivo o incremento nas condições de trabalho e níveis de emprego, mas em contrapartida exige uma maior qualificação dos serviços ofertados.

No âmbito de integração regional há entendimento que as relações estabelecidas entre os países participantes no processo de integração devem ser fundadas em cinco tipos de liberdades, quais sejam, a liberdade de circulação de mercadorias, de serviços, de estabelecimento, de circulação de capitais e, por último, a liberdade de circulação de trabalhadores, sendo esta última como uma espécie de aprofundamento da integração. É exatamente nesse ponto que entra a organização sindical em defesa do emprego e dos direitos sociais uma vez que mão-de-obra desqualificada implicará, indiscutivelmente, elevado grau de desemprego.

Na busca de respostas aos novos questionamentos que surgem com o avanço da “modernidade”, o sindicato precisa se adaptar a uma realidade de trabalho que se encontra em transformação.

Os sindicatos [...] tanto quanto possível, vêm abrindo mão dos conceitos e valores coletivos que defendiam em favor de uma nova atitude que privilegia a promoção do bem-estar individual. Para o movimento sindical na era pós-industrial, é fundamental tornar-se o porta-voz qualificado dos trabalhadores. Agora, o capitalismo pós-industrial exige um redirecionamento da parte dos sindicatos. À luz das mudanças econômicas e sociais, cabe-lhes participar sem opiniões pré-concebidas dos programas sociais aptos a atender aos novos interesses de uma classe trabalhadora em transformação. (ROMITA, 1998:639).

O sindicato deve agir como uma entidade internacional que tenha como meta procurar o bem coletivo das nações envolvidas buscando a solidariedade social e procurando intermediar e reconciliar os diferentes interesses entre os trabalhadores. É um papel difícil de ser desempenhado devido ao fato de o sindicato, desde a sua formação, ter se atrelado mais às relações locais, contudo não significa que seja uma tarefa impossível.

Nas Comunidades Européias, apesar do discurso se guiar por ares de atuação internacional, o que se percebe é que ele tomou rumo ideológico e pouco prático. Segundo Silva (1998:230), “no plano de ação concreta, cada sindicato preocupou-se com os problemas que diziam respeito a locais de trabalho e a trabalhadores abrangidos em sua esfera de representação” e acrescenta, ainda, que houve uma demora na aceitação dos sindicatos na participação dos debates sobre a integração regional. Portanto, é um processo lento, mas possível na medida em que as organizações sindicais passam a tomar decisões próprias capazes de aprovar acordos coletivos no âmbito comunitário.

No que diz respeito ao Mercosul, essa possibilidade de atuação sindical internacional ainda não está totalmente implementada. Vigevani (1998:111) aponta diversas dificuldades para a atuação dos sindicatos nesse bloco, dentre elas a localização da Coordenadora de Centrais Sindicais do Cone Sul – CCSCS (sediada no Paraguai) que impossibilita, de certa forma, a participação das Centrais dos outros países. Para as Centrais Sindicais dos países envolvidos a possibilidade de geração de emprego passa por políticas públicas e pelo fortalecimento dos Estados na economia. É uma espécie de proteção aos trabalhadores que passarão a fazer parte de uma comunidade global.

É nesse panorama regionalizado de abertura de economias e de supressão de fronteiras que as relações laborais vão se desenvolver daqui em diante. O papel dos sindicatos nessa seara moderna se transveste de uma importância fundamental na medida

em que o número de desempregados pode atingir níveis elevados (também gerado pela falta de sustentabilidade de algumas empresas no cenário competitivo) e a migração de trabalhadores para países onde o padrão salarial é maior pode se tornar uma rotina. Em contrapartida a essa evasão de trabalhadores para outros países, outro fator também se torna preocupante, as empresas podem se deslocar para locais nos quais a mão-de-obra é mais barata e assim diminuir o custo da produção aumentando suas chances de obter um lucro maior.

Em meio a tudo isso, percebe-se que o país passará por reajustes em sua organização, principalmente na seara trabalhista, e o trabalhador, como elemento diretamente atingido por essas mudanças, necessita de uma organização forte capaz de defender seus interesses com um grau maior de independência em relação ao Estado. A base do sindicalismo brasileiro clama por mudanças. A liberdade sindical tão apregoada e concretizada na Convenção n. 87 da OIT é elemento indispensável para que os sindicatos sejam inseridos em um novo mundo.

4 Considerações Finais

A organização sindical brasileira existente no cenário atual ainda exprime alguns traços da época ditatorial do país. A adoção do princípio da unicidade sindical demonstra bem essa afirmação. Diante de uma política macro-econômica, o Brasil tenta se inserir no cenário mundial e aquece a economia com a propalação de um melhor padrão social para os trabalhadores nacionais.

O que se deve ter em mente é que, durante muitas décadas, os sindicatos, organizados para defenderem os interesses de seus associados, tiveram suas ações tolhidas pelos governos autoritários, mas nunca perderam o caráter de órgão reivindicador. Hoje, devem acompanhar a evolução econômica e gerir as mudanças sociais de maneira que os trabalhadores, no momento real de abertura de fronteiras, não sejam prejudicados por legislações alienígenas capazes de restringir direitos outrora conquistados. Já foi dito que é uma tarefa difícil, mas não chega a beirar o impossível.

A atuação sindical no Mercosul, por enquanto, ainda não está implementada, mas já faz parte de intensos debates entre as Centrais Sindicais brasileiras. A existência de uma crise social nacional já não é mais segredo e nesse processo de inserção no panorama regional, o Brasil precisa atualizar sua legislação e promover a liberdade sindical para que os

sindicatos, de forma independente, possam melhor representar os trabalhadores envolvidos nesse processo.

REFERÊNCIAS

- AROUCA, José Carlos. *O Sindicato em um Mundo Globalizado*. São Paulo: LTr, 2003.
- CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. *Diretrizes de Atuação Internacional 1997-2000*. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/f10.htm>>. Acesso em: 18 Mai. 2004.
- CORDEIRO, Wolney de Macedo. *A Regulação das Relações de Trabalho Individuais e Coletivas no Âmbito do Mercosul*. São Paulo: Ltr, 2000.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, abr. 2004.
- LOGUERCIO, José Eymard. *Pluralidade Sindical - da Legalidade à Legitimidade no Sistema Sindical Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000.
- MERCOSUL: problemas e dificuldades para implantação. Disponível em: <<http://www.sindicato.br/mercosul/problemas.html>>. Acesso em: 10 ago.2004.
- MISAILIDIS, Mirta Lereña. *Os Desafios do Sindicalismo Brasileiro Diante das Atuais Tendências*. São Paulo: LTr, 2001.
- RODRIGUEZ, Americo Pla. Problemática de los Trabajadores en el Mercosur. In: *El Derecho Laboral del Mercosur*. Montevideo: FCU, Relasur, OIT, 1995.
- ROMITA, Arion Sayão. Perspectivas do Direito do Trabalho no Século XXI. In:
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular – Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Política Social e Papel dos Atores Sociais no Mercosul – globalização, regionalização e sindicatos. In: *Os Atores Sociais Diante dos Desafios do Processo de Integração: diálogo social nas Comunidades Européias e no Mercosul*. São Paulo, 1998.
- VIGEVANI, Tullo. *MERCOSUL: Impactos para Trabalhadores e Sindicatos*. São Paulo: LTr, 1998.

DIREITO COMPARADO: CIÊNCIA OU TÉCNICA? ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DE SUA NATUREZA JURÍDICA

Antônio Carlos Moreira*

RESUMO: O Direito Comparado trata das “Mutações”, ou seja, busca permanentemente o estudo profundo e aclarador, pertinente aos diversos ordenamentos jurídicos existentes. O estudo teórico desses mencionados ordenamentos jurídicos, dispensando-se sobre a eventual preocupação com a existência de vigência, e ressaltando as notáveis singularidades e contrastes então ocorrentes.

Palavras-chave: Direito Comparado. Ciência. Técnica. Reflexões.

ABSTRACT: The compared law treats about “changes”, in other words, constantly seeks the deep and clarify study appropriate to different existed laws. The theoric study of these mentioned laws, to do without about a worry accidental with a law in force existent, and emphasizing the remarkable peculiarity and agreements well then correct.

Key-words: Compared Law. Science. Technical. Thought.

* Professor da Disciplina Introdução ao Estudo do Direito e Hermenêutica Jurídica do Curso de Direito da FESP.

1. Introdução

A busca dos conceitos básicos é a proposta preliminar de qualquer disciplina (expressão por nós usada, para que não infiramos nas implicações arriscadas do termo “ciência”).

Idêntico propósito persegue a *Teoria Geral do Direito*. Ora, sua concepção, como realidade inserida na perspectiva do universo do Direito se cinge de igual forma, à especulação, abstraídos os parâmetros filosófico e axiológico que porventura o circundem, e desde logo afastados.

Quando pois, das minhas preliminares acerca da realidade da “Teoria Geral do Direito, procurei primeiramente indagar a procedência desses “conceitos básicos”, isto é, a fonte de onde os mesmos proviriam. Pensara eu, que o fora na filosofia, fazendo-me erroneamente reportar a MACEDO, ao citar RICKERT, sobre a possibilidade do *definiens*, isto é, pressupondo o já conhecido, e diante da *Teoria Geral do Direito*, trabalhando sobre os dados conhecidos, porém, de outra disciplina oriunda . . . Ledo equívoco, apesar do bom propósito das reflexões.

Esta substância ideológica existente, pois que eivada de materialidade proba, revestir-se-á de que forma, que, senão palpável, pelo menos vislumbrante aos olhos do pesquisador ?

São indagações preliminares, desde logo angustiantes. Ora, se a experiência designa, em vulgar linguagem, o conhecimento obtido pelo convívio reiterado com os objetivos, e filosoficamente, toda percepção simples produzida pela impressão externa, há que nos situarmos em um “*logos*” prévio, a fim de que o conteúdo do respectivo discurso assuma de logo, a razão de alguma coisa, ou a esfera integral dos pensamentos, das idéias, do espírito.

De fato, a *Teoria Geral do Direito* vem de assentar-se em uma esfera de experiência jurídica para a qual os dados do conhecimento que sobre os mesmos se especula, representam a própria vivência desse Direito atuante, que acompanha a realidade social, e exhibe, quando acionado pela mesma estrutura social, os instrumentos jurídicos e judiciários, formados na realidade social extrínseca, e ao mesmo tempo, formadores de novos instrumentos que se interfluem em um câmbio de “informações de realidade”, amalgamados pela efervescência do universo social circundante.

Sabemos que a “teoria geral” em torno de uma ciência, visa estudar determinados conceitos básicos de sua própria estrutura. Falar-se inicialmente, em uma “*Teoria do Direito Comparado*”, reporta-nos a um recuo inevitável na cadeia ideológica, “*en passant*”, pela Teoria Geral do Direito.

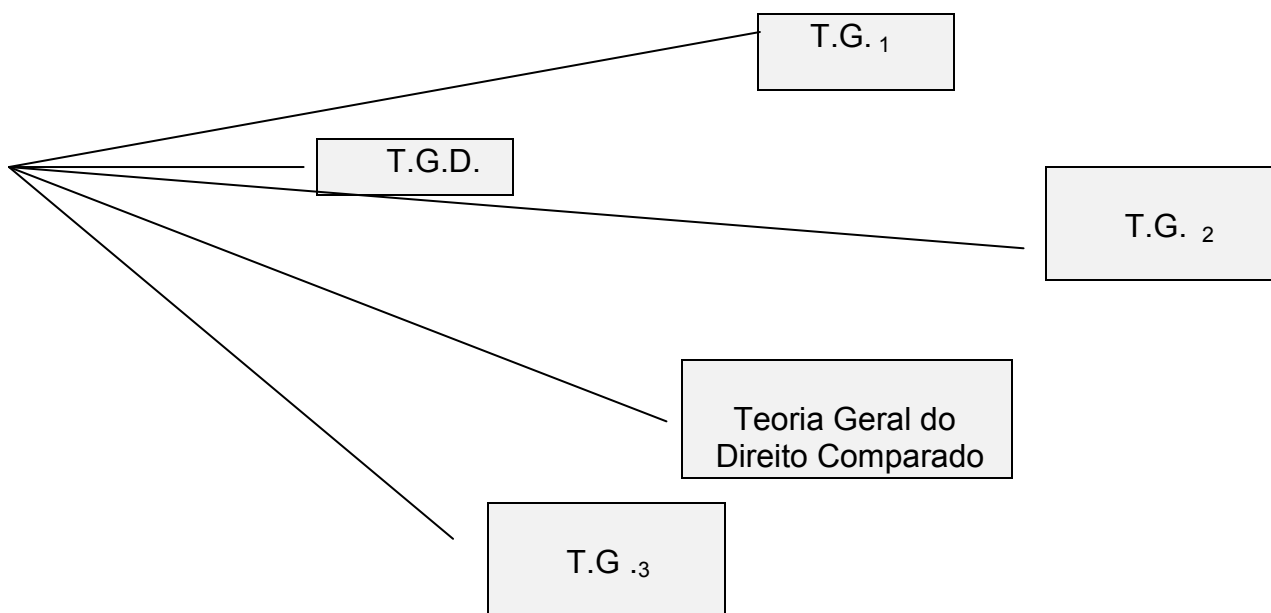
Não poderíamos de fato, pretender uma abordagem teórica especializada do “Direito dos Estados”, se não passarmos pela Teoria Geral do Direito, como preâmbulo metódico que nos conduzirá aos caminhos de tal propósito científico.

Assim, a *Teoria Geral Do Direito Comparado*, é o estudo sistemático dos conceitos especial (geográfico) e epistemologicamente vivenciado (politico), isto é, necessário a qualquer subdomínio do Direito.

Igualmente, não é a disciplina que se conheça superficialmente; antes, é necessário um intercâmbio entre os subcampos espaciais (e por conseqüência, geográficos), e destes com os fatos. Aqui, talvez, esteja o ponto mais crucial de toda a tentativa de dissertação ideológica em torno de uma Teoria do Direito Comparado.

O Direito Comparado - e aqui vai leve verniz de uma tentativa de distinção - dispõe sobre sua estrutura embasado naquilo que se lhe surge, após a preparação social, e o texto já devidamente estereotipado, que lhe é apresentado. A Teoria do Direito Comparado, ao revés, busca a elaboração dos conceitos fundamentais básicos respectivos, instrumentos sobre os quais trabalha, *opera* especial e espacialmente, o Direito. É o perscrutar desses subcampos ou subdomínios “comparados”, baseados na experiência nacional “*strictu sensu*”, que a Teoria do Direito Comparado procurar elaborar seu “*modus operandi*”.

O que existe, de fato, é uma tentativa válida e meritória de perscrutar, a nível agora, de “*espaço jurídico nacional*”, sob a ótica internacional, a experiência jurídica internacional que enfeixou os conceitos fundamentais que se busca elaborar. Na realidade, a Teoria do Direito Comparado nada mais é que o mesmo método e forma de abordagem de um sistema comum, isto é, a Teoria do Direito Comparado é um subcampo ou subdomínio da Teoria Geral do Direito, admissível esta em todos os quadrantes do universo jurídico:



Método este (ou abordagem, conforme supra referido), voltado especificamente para os problemas decorrentes da Legislação de um ou vários dados de um ordenamento jurídico no espaço. Ora, se a experiência nos faz reportar ao conhecimento obtido pelo convívio reiterado com os objetos, e filosoficamente, *toda percepção simples produz uma impressão externa*, esta ordem de conceito razoavelmente se adequa à busca de uma *Teoria do Direito Comparado*, abstraída de possível conotação filosófica, buscando na experiência nacional, os instrumentos básicos, os conceitos fundamentais que justificam aquela realidade viva e atuante. Assim se referiu Pasquale Fiori, para quem, a consciência e o querer coletivos, determinam os caminhos já adredemente atrelados pela experiência, retratados na constituição.

Igualmente Garcia Pelayo (GARCIA PELAYO, 1984, p. 128), quanto ao processo de formação nacional, que outra dado concreto não é senão a própria experiência nacional trazida a uma forma documental, pela vivência aprovada pela comunidade construtora daquela ordem sócio-jurídica. Não podemos por conseguinte, privarmo-nos das diretrizes da Teoria Geral do Direito, para chegarmos a esse caminho especificamente da Ciência, sob pena de nos perdermos na turbulência ideológica, e na sutil distinção com métodos filosóficos, uma vez que entre ambos, paira a mecânica, distinguindo-se pelas fontes.

Assim, como, em Teoria Geral do Direito, o Fato manifesta a realidade da Norma, sob pena de a referida ausência redundar na inatingibilidade dessa realidade, a experiência nacional, conduz-nos talvez, ao Fato probó que manifesta a existência da Norma. Prescindível será no entanto, enfeixar-se quais fatos dariam contornos reais às normas: reduzamo-los às expressões talvez consideradas mais importantes como o fenômeno político e a revolução.

Aquele, como Fato, não o é desarticulado, mas o resultado de toda uma constelação de causas sociológicas, históricas e econômicas, cuja ausência só pode ser atingida numa visão de totalidade, dentro de uma estrutura ampla, esquadrinhando-se por conseqüência, o objeto, cujo ângulo, propomo-nos dissecar.

Passando por Karl Schmitt, Liñares Quintana, Heller¹⁸ entre outros, observa-se a fertilidade em enumerar-se uma confusa topologia da Ciência. Assim, igualmente, referiu-se o ainda referido Garcia Pelayo (*Ob. Citada*, p. 128):

[...] esta pluralidad, comum a todos los conceptos fundamentales de las ciencias especiales se encontra añadida, por motivo mayor de que, los conceptos jurídico-políticos son de modo mediato o inmediato, conceptos polemicos, por la referencia a la substancia de la existencia política, está particularmente correcta cer una conversión en esos conceptos simbolicos

¹⁸ “És el proceso de racionalización y planificación de la vida estatal”.

Em outras palavras, a prudência de evitar-se o lugar comum, torna-se talvez a função mais difícil e ao mesmo tempo necessária, para o cientista jurídico, e por consequência social.

Contudo, reportando-nos à aura ou força social que envolve o problema da Ciência, é de inferir-se sobre qual tipo desta força, conduz-se à admissibilidade da mesma? Quais traços a delineiam e tornam-na diversa da “lei comum”? Que facetas envolvem o caráter sincategoremático, isto é, o objeto adjetivado, alterado em sua morfologia ou ainda à substância, da expressão “fundamento”, posposta à de “lei”? Não seria a hipótese de HAURIOU, que ministra definições de ordem metafísica? Não nos serviria ao propósito tão somente como tal, mas a uma das reflexões anotadas.

Reportando-nos ainda mais uma vez à dimensão sociológico, de possuir um dado Estado, uma Constituição, neste aspectos, todos os Estados, ou mais adequadamente à perspectiva sociológica, todas as nações, têm-na, ressalvada a perspectiva contrária no sentido jurídico, e tentam-na justificá-la por outro lado, como jungida à circunstancia, como se esta, por si só, pudesse satisfazer um conceito . . . Assim nos observa, de forma muito apropriada, o grande Maurice Duverger⁷, utilizando-se de seu pensamento o sempre referido Sahid Maluf.

Contestam-na muitos doutrinadores por isso mesmo, o caráter de ser a Grande Norma, peculiar dos tempos modernos, argüindo que qualquer manifestação social, detentora de superior unidade, unida por laços afins (a que reputam Nação), ou por traços psicológicos (à Del Vecchio), implica “*ad implicitum*”, em constituição, uma vez não conceber tal doutrina, agrupamento social constituído, no qual não imperam determinados fatores reais de poder, regentes de uma comunidade ou país.

Contudo, tal ótica também se reduz a uma luz muito tênue, uma vez que nos conduz à angulação unilateralista do problema.

Diante, pois, de tantas e tão diversas manifestações conceituais inconciliáveis, a Teoria do Direito Comparado, na busca desses conceitos básicos, revela-se como talvez a mais séria tentativa de encontrar-se uma disciplinação desses conceitos mormente antípodas, e conflitantes.

Igualmente, considerando que, partindo da premissa de que a Teoria do Direito Comparado é uma disciplina que segue a denominada “ciência do espírito”, absorvida esta expressão como a própria realidade, na concepção hegeliana, as modificações constitucionais representam esta superposição da condição humana transformadora, em que a “ciência do

espírito”, é a que lida com objetos criados pelo homem; quando não as altera, faz-lho em seu significado.

As modificações do texto legal (já abordado) de uma Constituição são pois, realidades sincategoremáticas, seja de forma, quando o próprio texto ideologicamente revestido em documento próprio solene, sofre mudanças formais, palpáveis, de linguagem, ou similar transformação, seja de fundo, quando se lhe dá ou se lhe altera o próprio conteúdo através de exegeses do significado. Haveria uma violação da subsunção, inclusive, se nos atermos à consideração formal da norma, abstraídos os conteúdos respectivos.

2. Direito comparado: ciência ou técnica?

Em aula memorável que assistimos, em Curso de Especialização em Direito privado, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), no já distante ano de 1982, ouvimos do mestre NELSON SALDANHA¹, a afirmação de que “o *Direito Comparado é uma técnica*” (!) , no sentido de uma reflexão dos diversos ordenamentos jurídicos, assim pareceu-nos. Embora seja um posicionamento plausível, do ponto de vista doutrinário, não é de fácil aceitação a afirmação, como sói ocorrer no Direito, como um todo.

Assim, em princípio, é importante fixar um aspecto : Nessa abordagem, “*strictissimu sensu*”, Técnica e Norma não se comunicam, como se dependessem uma da outra. Tal postura é falsa.

“Técnica” e “Norma” , são duas (02) exatas paralelas : jamais se encontram. Anuir-se pois, a suposta hipótese de que “toda norma possui técnica, mas a recíproca não é verdadeira ...” também é uma postura errônea. “Técnica” e “Norma” são categoremáticas distintos (se considerados em relação um com o outro), não havendo em consequência, porquê e como “uni-los”. . . Abelardo Torr  (TORR , ABELARDO, 1965) assim também se reportava ao assunto. Assim, quando tratamos de operar, ou seja, aplicar o direito tecnicamente, percebemos os determinados fins aplicados pelos conceitos e princípios.

Ora, diante de tantas discussões, parece-nos mais plausível a admissibilidade do Direito Comparado, como uma técnica. na verdade, busca o mesmo, como anui Torr ³ (referido), “*um conjunto de procedimentos*”; “*bisca um objetivo*”; “*pretende realizar um fim concreto*”. Senão vejamos.

O Direito Comparado   *um conjunto de procedimentos* . Podemos afirmar, embora com uma certa margem de imprecisão técnica, quanto à linguagem (mas, serve-nos ao propósito quase didático de nos fazermos compreender, ou, tal tentarmos), que o Direito Comparado  

um mosaico (impropriamente falando; conforme afirmamos, serve-nos à imagem, ao propósito. Esta justificativa visa evitar a eclosão de determinadas suscetibilidades em torno do assunto), eis que é composto de diversas reflexões em torno de variado número de ordenamentos jurídicos.

Na verdade, não há que admitir-se suposta “unicidade” doutrinária e de conteúdo, pertinente ao Direito Comparado. Ele não é uno. Direito Comparado é sobretudo composto. Cuida-se aqui, de uma consolidação de diversos ordenamentos jurídicos, sobre os quais procura realizar reflexões. Direito Comparado é o estudo de diversas realidades. E estuda-se de modo abrangente, principalmente pertinentes às Realidades, onde não há, em consequência, ser entendido como Ciência, s.m.j.

“*Ex adverso*”, a suposta hipótese de admissibilidade do Direito Comparado, como uma “unicidade”, *peca contra sua própria natureza*, conforme se tem demonstrado ao longo deste trabalho. Direito Comparado é uma dinâmica, cuja substância jamais poder-se-ia colocar em um sistema “único”. O suposto caráter “único” depõe contra a natureza do próprio Direito Comparado.

Aqui, neste instante, registre-se notória distinção do “Direito Internacional”; este sim, podemos dizer que é “único”, assim considerada sua natureza. Direito Internacional é único, como um dos ramos do Direito.

O Direito Comparado não é o estudo de um dado ramo do Direito (o que, comportaria um conteúdo dito “único”), mas, o estudo reflexivo de diversos ordenamentos jurídicos. Direito Comparado é o estudo “*latissimu sensu*” do Direito, *eis que seu conteúdo é infinito, do ponto de vista dos ordenamentos jurídicos*. Em consequência, voltando-nos mais uma vez e finalmente, à postura de TORRÉ (referido), o Direito Comparado, parece-nos revelar-se muito mais como uma técnica, que propriamente ciência, do até agora, visto, lido e analisado.

Reportando-nos às irresistíveis indagações sobre a Ciência Jurídica - oportuna à espécie, neste momento - indaga-se : qual é o objeto da Ciência Jurídica? É ela realmente uma Ciência? Em primeiro lugar, para responder essas perguntas, faz-se mister algumas anteriores e necessárias considerações : Ciência é uma palavra que procede de um verbo - “Scire” - isto é, “saber” . “Ciência” é um modo de conhecimento que aspira formular leis, mediante uma linguagem rigorosa e adequada, através de meios sob os quais se regem os fenômenos ou acontecimentos. Essas leis possuem em comum vários elementos. São leis capazes de descrever uma série de fenômenos, que possam ser comprovados pela observação dos fatos pela experimentação.

Também, são leis que possam ser capazes de produzir acontecimentos futuros. O conhecimento científico precisa ser: fundamentado, objetivado, auto-consciente ou reflexivo, além de ter um método próprio, adequado para cada tipo de ciência.

É também um conhecimento temático, que faz do seu tempo o objeto de sua atividade. O conhecimento científico necessita especificamente a ser compartilhado (co-participado). Este conhecimento é conceitual, e opera através de conceitos que devem ser rigorosos. a exigência é fundamental para um conhecimento ser conceituado científico, impõe que esse conhecimento seja rígido, mediante um método próprio que se desenvolve com um objeto específico. o conhecimento jurídico, também é científico, eis que o é identicamente; revela conceitos rigorosos, porém esse conhecimento é obtido através da aplicação de um método próprio, pois é um conhecimento sistematizado.

Autores há que reduzem o Direito a uma técnica de controle social, enquanto outros discutem os dois conceitos : “Ciência” ou “Técnica”. O importante aí - parece-nos - é não adotar-se posições radicalizantes e/ou extremadas, porque o Direito tem os dois caracteres : é Ciência; e Técnica. Ciência, porque é um prolongamento da Lógica aos problemas que são particulares dessa disciplina, isto é, na medida em que estabelecemos conceitos e princípios, estamos fazendo ciência do Direito. E se é ciência, é Técnica, porque por “*Técnica*” se entende o *conjunto de operações pelas quais nós adaptamos os meios adequados para a concepção de fins*; quando tratamos em operar, aplicar o Direito tecnicamente, percebemos os determinados fins aplicados pelos conceitos e princípios.

Jhering via na técnica, a realização formal do Direito, atribuindo à técnica um caráter que não é simplesmente empírico, pois para se empregar a técnica, vai significar em última análise, a própria ciência.

Gény, extremou a diferenciação entre Ciência e Técnica. Talvez influenciado pelo Positivismo, pois ele compara a Ciência do Direito, à própria filosofia do Direito (!). Referido Mestre vê na “técnica” o ato artificial do Direito. ; faz uma diferenciação entre aquilo que é *dado* (o elemento discutido ou descoberto pelo homem) e aquilo que é construído (aquele resultado da criação do próprio homem). Em síntese, Gény diz que a Ciência do Direito se ocuparia da Matéria e a Técnica , da Forma.

3. Sobre o sincategorema “direito comparado”

Poderíamos, com as necessárias e irresistíveis cautelas, iniciarmos as presentes reflexões, com um certo caráter “conclusivo” . Não há em consequência, como evitar-se tal

ordem de consideração, do que aqui já foi visto, analisado e meditado. Por outro lado, não há negar, que o Direito Comparado é um sincategorema.

Seu caráter é acessório, consequente, resultante. O Direito Comparado, pois, funda-se nos diversos preceitos reflexivos, ou ainda, nos diversos subcampos do Direito Internacional, “*latissimu sensu*”, que enfeixaríamos, à guisa de um “mosaico” (imagem “*ad illustrandum*”), formando a “figura geométrica”.

O Direito Comparado não possui, pois, *um caráter de “ser”*, em si mesmo, kantianamente categórico, à míngua de lhe faltar os requisitos científicos básicos de que não dispõe.

O Direito Comparado, *data maxima venia*, não é ciência; tampouco, dito ou referido “ramo do direito”. Ao revés, é o estudo dos diversos ordenamentos jurídicos, especialmente considerados, que servem aos interesses de aperfeiçoamento, em relação principalmente, àqueles cuja maturidade legislativa e jurídica, ainda exigem tempo para a necessária consolidação.

Assim, louvando-nos no grande GARCIA PELAYO (GARCIA PELAYO, MANUEL, 1964, p. 128), quando aborda um dos subcampos do Direito Constitucional Comparado, observa a preocupação em estudar e detalhar as singularidades entre os diversos sistemas inerentemente comparados.

“El Derecho Constitucional Comparado, cuya misión es el estudio teórico de las normas juridico-constitucionales positivas (pero no necesariamente vigentes) de vários Estados, preocupandose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupos de ellos”. (grifos nossos)

Ora, melhor e mais feliz comparação (*infra*, referido), não poderíamos vislumbrar, e que vem em nosso socorro. O Direito Comparado, não é ciência, pois, reafirmamos; tampouco, “ramo do direito”, a qualquer título e /ou a nível de classificação.

Busca, isso sim, o estudo teórico das normas jurídicas, especialmente consideradas, afinal, GARCIA PELAYO aborda um subcampo do Direito Comparado, que o “Direito Constitucional”. nem por isso, se torna menos meritório; nem por isso, revela menos valor, no propósito que nos cerca. O teorismo, a reflexão que cerca o Direito Comparado, exclui a vigência da norma. Seu objeto no entanto, não chega a tanto..., menos pela inclusão, propriamente dita, que pelo interesse imediato de abordar o assunto.

Assim, não cabe ao Direito Comparado conhecer da vigência; foge-lhe ao assunto. Neste aspecto - único talvez - se assemelhe ao Direito Internacional, cujo conceito de Soberania, informam os organismos internacionais sobre a conduta a ser seguida, porém,

suas normas não se revestem de poder de coercibilidade e - ainda - de eventual poder de polícia.

Não há coercibilidade na substância “Direito Comparado” . Noutras palavras, o Direito Comparado é positivo, enquanto doutrinariamente considerado, eis que a positividade hegeliana, ou mesmo comtiana, conflita-se com cada realidade espacial. A eventualidade de vigência, importaria, por consequência, em unicidade de legislação (e impossível se torna pela inexistência fática de um “único” (!) ordenamento jurídico). Se existido, e eis-nos diante de um “único poder” (?), o que acarretaria na negação do espaço de Soberania dos Estados.

O jurista lusitano Vitor Evangelista afirma, com bastante propriedade, que em 1789, quando da aprovação da “*Declaração dos Direitos do Homem*”, a par desta concepção, surgiu outra, a historicista, segundo a qual cada legislação Maior (leia-se “constituição”), flui espontaneamente da História de cada povo (vida *infra*).

Bem verdade que, aqui, pudemos auscultar, em sua ordem de conceitos, traços inequívocos do historicismo savigniano (“*der Volksgeist*”) - o “espírito do povo” - bem como, a clássica posição de MALBERG, quando se reporta (de todos nós amiúde conhecido) ao conceito de Nação.

Mas na verdade, dois (02) aspectos hão que ser considerados, neste momento, em nome da presente preocupação científica: o *espaço* e as *mutações*.

Pelo primeiro, justifico ser condição “*sine qua non*”, em torno da qual pulula o próprio “*noumenon*” kantiano do Direito Comparado : não há sequer como admiti-lo, s.m.j., se despidendo se tornasse o “espaço” ; o Direito Comparado busca o estudo do direito no espaço; se assim não o fora, o referido “*noumenon*” estaria comprometido. Este “*noumenon*” é o próprio caráter “comparador” (!) deste estudo, retirando-se, por consequência, a própria natureza de “Direito Comparado”.

No segundo aspecto (supra referido, igualmente), tratamos com as chamadas *mutações* . Noutras palavras, verifica-se a realidade, tal qual universo microcósmico, onde as interações são permanentes, como interadas são as relações humanas.

Kelsen pretendeu que as “constituições” fossem “eternas”. Se assim pudessem ser (e as “constituições” são sincategoremáticas à realidade, bem como ao povo que as redige e as torna materialmente palpáveis), seriam as mesmas constituições), categoremas (!). Ainda: a realidade seria imutável (!!). E mais, não haveria evolução diante do povo (!!!), sob cuja égide estivesse tal pétreo (!) ordenamento jurídico . . .

Assim, o Direito Comparado trata das “Mutações”, ou seja, busca permanentemente o estudo profundo e aclarador, pertinente aos diversos ordenamentos jurídicos existentes,

procurando (para aproveitar a linguagem do referido mestre Garcia Pelayo), o estudo teórico desses mencionados ordenamentos jurídicos, dispensando-se sobre a eventual preocupação com a existência de vigência, e ressaltando as notáveis singularidades e contrastes então ocorrentes.

A respeito da prescindibilidade da “vigência”, diante do Direito Comparado, vem ao nosso encontro, igualmente, Haroldo Valladão (VALLADÃO, HAROLDO, 1970, p. 31), quando ao mesmo se reporta.

O Direito comparado, ao contrário do Direito Internacional Privado não possui um aspecto positivo, não é também, direito vigente, lei ou trato. *É apenas a comparação dos direitos no espaço, a geografia jurídica*, ao lado da história do direito, **cuja dimensão é o tempo**. (grifos nossos).

Não poderíamos encontrar melhor e mais feliz momento ideológico para cancelar nossa busca, que o Mestre Haroldo Valladão (*infra*), o Direito Comparado estuda, simultaneamente, vários direitos e legislações. mais ; o Direito Comparado, como poderoso auxiliar do Direito Internacional Privado, busca, quando não atingido o propósito de coordenação, harmonizar as diversas legislações (excluído o propósito de unicidade; aí, o próprio Direito Comparado perderia seu caráter “*comparativo*”...), que busca uma perspectiva solucionadora para os conflitos inerentes e irresistíveis.

Esse trabalho jurídico não se exaure no exame sincrônico das diversas leis civis, comerciais, e processuais existentes, nas diversas regiões do mundo, formalmente constituídas Estados. O comparativismo jurídico assume autonomia, a partir do século XIX em sua evolução doutrinária com características determinadas a que correspondem denominações próprias. Valladão, em outra de suas obras⁶, às tres (03) fases progressivas do Comparativismo, acentuadas historicamente, mas que se reproduzem no labor diuturno, de cada comparatista.

Assim, a Primeira Fase desperta para o que denomina historicamente Exame da legislação Estrangeira”, nos meados do século XIX, em obras jurídicas de tradição, análise e divulgação de textos e códigos de diversos ordenamentos jurídicos. Foi o período inicial, a fase preparatória indispensável, da pesquisa, do conhecimento, da reunião de material, onde o comparatista procura ter “experiências doutras leis”, conforme se refere Ortol⁷

A Segunda Fase, acentua-se como o “Estudo da Legislação Comparada”, aparecendo, desenvolvendo-se os primeiros cursos, surgindo as primeiras compilações, e culminando com a formação de associações e sociedades, bem como a publicação de periódicos de periódicos pertinentes à matéria.

Informa ainda VALLADÃO, que a partir do atual século XX, caminha-se para o estágio da “elaboração da para a Ciência do Direito Comparado” (??), nos resultados doutrinários do trabalho “comparativo”, substituindo-se as expressões: legislação comparada, legislación comparada, legislation comparée, legislazione comparata, comparative legislation, por: Direito Comparado, Derecho Comparado, Droit Comparé, Comparato, Comparative Jurisprudence or Comparative Law, etc.

Finalmente, a Terceira Fase, que longe está de relevante maturidade (afinal, se esta alegada “maturidade” chegasse, ou chegar, estaríamos diante da “ciência”, com a internacionalização do Direito Comparado, através principalmente, da formação de organismos internacionais, principalmente a “Academie Internationale de Droit Comparé”, fundada em Haia, em 1924, obra de Elemer Baloch, segundo ainda Valladão, em outra de suas obras⁹.

Finalmente, o que podemos concluir, após as reflexões aqui contidas, é que o Direito comparado:

1) ao contrário do Direito Internacional Privado, não possui um aspecto positivo, no sentido epistemológico, isto é, não lhe preocupa a “vigência” de texto legal, eis que seu alcance visa o estudo dos diversos ordenamentos jurídicos que puder alcançar.

2) não se reveste de coercibilidade, bem como, de eventual poder de polícia (coercibilidade, constrangimento, coação), por estar acima deste subcampo, na dimensão espacial, ou “geografia jurídica” que é;

3) não constitui ainda uma ciência, e este propósito ainda se demora, vez que a maturação de sua estrutura não enfeixa a classificação de categoria científica, à disciplina em formação.

4) O Direito Comparado é uma expectativa de ciência, um “vir-a-ser”; cuida-se de um estudo “*latu sensu*”.

4. Conclusões

Em Direito nada se conclui. E este juízo não é nosso. Contudo, aproveitando o pensamento do Mestre referido (infra), digamos que a nossa certeza íntima em torno da presente idéia que ora se defende, provavelmente pouco haja contribuído para o convencimento daqueles espíritos que nos rodeiam.

Na verdade, algo se agitava em nós, perscrutando nosso íntimo, buscando questionamento em torno de um tema, já adredemente existente, mas que talvez, sob o

ângulo que enfocamos nesta dissertação, não tenha sido objeto de análise e críticas por parte dos doutrinadores e filósofos-juristas do presente. Assim é que, antes de perigosamente revestirmo-nos de abominável pretensão em trazer o que seria pedantemente denominado de “inédito” , gostaríamos, isto sim, de que este nosso trabalho, singelamente seja recebido como uma nova ótica em torno de um velho tema . . .

Ex positis, apresentamos abaixo, o que, “*ex prudentia maxima*” , denominados “considerações conclusivas”:

- O Direito Comparado é sincategoremático frente aos diversos subcampos categoremáticos do Direito Internacional (Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, relações internacionais genéricas, relações entre Estados Soberanos - Pessoas Jurídicas de Direito Público, Interno e Externo), e, relações internacionais entre indivíduos(Direito Internacional Privado).

- Direito Comparado é um conjunto (*ensemble*) de vivências, oriundos sobretudo do Direito Intrnacional Privado.

- O caráter epistemológico do Direito Comparado provém sobretudo,da vivência e da interação espacial (Direito Internacional Privado).

- O Direito Comparado tem como “*functor*”, o Direito Internacional Privado.

- O Direito Comparado é um “sistema” , uma composição de vivências internacionais, constitucionalmente sociológicas e/ou jurídicas (pertinente a Estados Soberanos).

- Direito Comparado é o estudo “*latissimu sensu*” dos diversos ordenamentos jurídicos existentes e passíveis de reflexão.

- O caráter “único” depõe contra o Direito Internacional, que se revela “comparado” do ponto de vista doutrinário.

- O Direito Comparado é um sincategorema, cuja acessoriedade de sua natureza se reporta aos diversos estudos de ordenamentos jurídicos, especialmente considerados, que o compõem.

- Direito Comparado não admite compromisso com a FORMA, “*strictissimu sensu*” referido.

- O Direito Comparado é um universo que doutrinariamente (e não cientificamente, eis que seria “forma”), admite a abordagem e estudo de todos os ordenamentos jurídicos, do ponto de vista espacial.

- O Direito Comparado não conhece da vigência. Vigência é forma; seria restritivo, atentaria contra a natureza “comparativa” do Direito Comparado (não é redundante ...).

- Em consequência, não há que supor-se “coercibilidade” e/ou eventual poder político ou de polícia. Tal admissibilidade importaria em unicidade de seu estudo, acarretando: negação do espaço; negação de Estados; negação inclusive, de Soberanias.

- O Direito Comparado, aborda igualmente as MUTAÇÕES (*a realidade em ebulição*; os microcosmos da interação humana sempre em turbulência e alterações, refletindo no ordenamento jurídico respectivo e especialmente considerado.

- Por fim, o Direito Comparado, é uma expectativa de ciência, um “vir-a-ser” Cuida-se de um estudo “*latu sensu*” .

REFERÊNCIAS

- CALMON, Pedro - Coleção “História das Américas”. Gráfica Editora do Brasil, Ltda., (Vol.XIV, Constituições das Américas), SP, 1945.
- DAVI, René - Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo (Direito Comparado). Trad. Hermínio A. Carvalho, 2a. Ed., Lisboa, 1978.
- DEL VECCHIO, Giorgio - Lições de Filosofia do Direito. Trad. Antonio José Brandão. 3a. Edição, correta e atualizada. Armênio Amado, Editor, Sucessor. Coimbra, 1955.
- GARCIA PELAYO, Manuel - Derecho Constitucional Comparado. Alianza Universidade Textos. Alianza Editorial.,rimera Edición. Madrid, 1984 .
- JHERING, Rudolf - A Luta pelo Direito (*Der Kampf um s Recht*). Trad. João de Vasconcelos. Editora Forense, RJ, 1968.
- KELSEN, Hans - Teoria Pura do Direito. 7a. Ed. Trad. João Baptista Machado. Colecção Studium. Armênio Amado, Editor, Sucessor. Coimbra, 1979.
- LARENZ, Karl - Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José de Sousa e Brito, e, José Antônio Veloso. Fundação Kalouste Gulbenkian. Lisboa,
- MACEDO, Sílvio de - Lógica Jurídica. Ed. Rio, RJ, 1976.
- MARITAIN, Jacques - Lógica Menor. Trad. Ilza Neves. 5a. Ed. Editora Agir, SP, 1966.
- PINTO FERREIRA, Luis - Curso de Direito Constitucional. Livr. F. Bastos. RJ, 1964.
- RADBRUCH, GUSTAV - Filosofia do Direito. Trad. e Prefácio do Prof. L. Cabral de Moncada, da Universidade de Coimbra. 6a. Edição, revista e acrescida dos últimos pensamentos do Autor. Armênio Amado, Editor, sucessor. Coimbra, 1978 .
- ROUBIER, Paul - Théorie Générale du Droit. Recueil Sirey. Paris, 1951.
- SALDANHA, Nelson - Uma Iniciação à Sociologia do Direito. Cadernos do Instituto de Ciências Políticas e sociais, No. 5. Recife, 1963.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von - Metodologia Jurídica. Traducción J. J. Santa Piner. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979.
- SOUTO, Cláudio/Solange - A Explicação Sociológica (Uma Introdução à Sociologia). Edit. Pedag e Universitária (EPU),. SP, 1985 .
- TORRÉ, Abelardo - Introducción al Derecho. Quinta Edición. Editorial Perrot.Buenos aires, 1965 .
- VALLADÃO, Haroldo - Curso de Direito Internacional Privado. Livr. F. Bastos, RJ, 1970.
- VILANOVA, Lourival - Lógica Jurídica. J. Bushatsky, Editor. SP, 1976.

RESUMO: O ônus objetivo da prova, na verdade, não constitui simples regra de julgamento, porque o ofício de julgar é influenciado por fatores subjetivos que circundam o representante do Estado-juiz. Correto seria entender o aspecto objetivo do art. 333 do CPC como sendo uma orientação de conduta ao julgador, e não como uma regra de julgamento, já que este vocábulo despreza elementos subjetivos reais interligados à atividade judicante.

Palavras-chaves: Ônus objetivo da prova. Regra de julgamento. Subjetividade. Orientação de conduta para fins de julgamento.

ABSTRACT: The objective burden of proof, in fact, does not establish a simple judgement rule, because the judge profession is influenced for subjective factors what surround the State-judge representative. That's correct will be understand the objective feature of art. 333 of CPC, like a behaviour position to judge, and no like a judgement rule, now that these word disdains real subjectives elements interconnected with judicature activity.

Key-words: Objective burden of proof. Judgment rule. Subjectivity. Guidance of behaviour to purpose of judgement.

^{*} Advogado. Especialista em Direito Processual Civil. Professor do Curso de Ciências Jurídicas em nível de graduação e especialização.

INTRODUÇÃO

Segundo a doutrina mais numerosa, o art. 333 do CPC, para o juiz, é colocado como sendo uma regra de julgamento. Seria o ônus objetivo da prova. Todavia, ao se concluir pela existência de uma regra, olvida-se que há uma subjetividade, que alcança a pessoa do Estado-juiz, capaz de influenciar a convicção do julgador relativamente à demonstração ou não do(s) fato(s) discutidos durante a tramitação processual.

Faz-se, assim, necessária maior reflexão do profissional do direito acerca das lições comumente apresentadas pela doutrina, de modo a coadunar a terminologia empregada com a verdadeira idéia insculpida no dispositivo legal em referência, pois aquela desconsidera que a atividade judicante é contaminada pela figura humana.

DESENVOLVIMENTO

A redação do art. 333 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL resta assim disposta: “o *ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*”.

Da leitura do dispositivo, extraem-se algumas conclusões exteriorizadas pela doutrina, dentre elas: a) compete ao autor demonstrar o(s) fatos constitutivo(s) do seu direito; b) compete ao réu demonstrar o(s) fato(s) impeditivo(s) e/ou extintivo(s) e/ou modificativo(s) do direito do autor; c) diante da falta de provas, o julgador aplicará o dispositivo em referência como “regra de julgamento”, implicando ônus em detrimento da parte litigante que não cumpriu seu encargo probatório.

As duas primeiras conclusões delineadas acima constituem ônus subjetivo da prova (autor e réu não estão obrigados a demonstrar qualquer fato, mas, se assim não procederem com relação aos que lhe incumbe demonstrar, assumem o risco da sua omissão – é, pois, norma de conduta). A última conclusão é o chamado ônus objetivo da prova (apresenta-se como regra de julgamento, acaso a parte litigante não tenha cumprido o ônus subjetivo que lhe cabe).

A regra de julgamento referida só tem aplicação se, mesmo diante da comunhão dos meios (STJ, 1992)¹⁹, não se trazer aos autos (por iniciativa das partes, interessados, ou mesmo do próprio juiz) provas necessárias à formação do convencimento do julgador.

¹⁹ Pelo princípio da comunhão das provas, estas pertencem ao processo, pouco importando quem as produziu. De fato, ao juiz, incumbe analisar o conjunto probatório em globalidade, sem perquirir a quem competiria o ônus probatório. Deste modo, provado o fato constitutivo do direito do autor, pouco importa quem trouxe a prova (a pretensão não será julgada improcedente pelo fato de a prova não ter sido produzida pelo autor). Provados todos os fatos da causa, o juiz não aplicará a regra de distribuição do ônus probatório.

Encontrando-se em estado de perplexidade, e não mais lhe sendo conveniente aprofundar a investigação dos fatos, como lhe possibilita o poder instrutório do juiz, restará ao julgador unicamente o uso da regra de julgamento – caso contrário, o bem da vida discutido poderia perecer ante a falta de julgamento oportuno.

Segundo a regra de julgamento pré-falada, estando a pretensão do autor juridicamente amparada, demonstrando ele os fatos constitutivos do seu direito e não demonstrando o réu qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a pretensão daquele deverá ser julgada procedente. Não demonstrando o autor os fatos constitutivos do seu direito, sua pretensão deverá ser julgada improcedente. Demonstrando o réu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a pretensão deste, também, deverá ser julgada improcedente.

Entretanto, esta regra de julgamento, conquanto seja colocada como um ônus “objetivo”, está relacionada a vários fatores de ordem subjetiva que alcançam a pessoa do Estado-juiz, influenciando, neste rumo, o seu julgamento. Por conta disso, não pode a regra ser entendida, livre de qualquer questionamento, como um ônus objetivo, ou mesmo como uma “regra de julgamento”. Na verdade, o ônus deveria ser entendido de acordo com o seu destinatário, e não de acordo com a sua objetividade ou subjetividade, porquanto sempre haverá, por menor que se possa entender, subjetividade.

Com efeito, predomina no ordenamento jurídico pátrio o sistema de livre convencimento motivado (ou persuasão racional do juiz), que ampara um grau de subjetividade (malgrado com menor intensidade que o sistema do livre convencimento judicial). Pela redação do art. 131 do CPC, *“o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”*.

Inclusive, já pude anotar que

No sistema da persuasão racional (livre convencimento motivado), o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo, todavia, em seu pronunciamento, indicar os motivos que lhe formaram o convencimento. Assim, o julgamento deve advir de uma operação lógica motivada nos elementos de convicção existentes no processo, onde a conclusão alcançada deve ligar-se à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos” (MOUZALAS, 2009).

Aliás, há muito resta superado o sistema legal de valoração dos meios de prova²⁰ (que angaria menor grau de subjetividade), embora o CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL guarde alguns resquícios dele. Exemplifica esta afirmação a disposição constante no art. 401 do referido diploma, pelo qual: “A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”. Diga-se o mesmo com relação ao sistema do livre convencimento ou da livre convicção²¹.

Dito isso, se prevalece o livre convencimento motivado como sistema de valoração da prova, onde é lícito ao juiz apreciar livremente os meios probatórios carreados ao processo, desde que motive o seu convencimento, naturalmente, percebe-se que fatores subjetivos de variada ordem estão relacionados à regra de julgamento. Ao se trazer a responsabilidade e obrigação da prestação jurisdicional ao Estado, este a exerce fazendo uso de material humano (pessoa do juiz), atribuindo, quer queira, quer não, subjetividade ao julgamento.

Conquanto imparcial (MARCATO, 2002) o julgador, ele não é neutro. Pesa sobre si fatores que acabam subjetivando sua forma de pensar e agir. Inclusive,

“importante ressalva deve ser feita no que concerne à imparcialidade do juiz. Não há que se falar em juiz neutro durante o andamento do processo, mas sim em juiz imparcial, uma vez que a neutralidade do ser humano é característica utópica, tendo em vista que o magistrado, assim como qualquer outra pessoa, é dotado de certa carga subjetiva, por menor que esta possa vir a ser” (JULIANO DEL ANTONIO, 2009).

PAULO NADER, referenciado por JULIANO DEL ANTONIO, já pontuava que

“nenhuma outra ciência possui questionamento de ordem conceptual tão profunda quanto a do Direito. Os juristas, por sua vez, recebem uma carga de influência das correntes filosóficas, fato esse natural, pois o Direito se acha intimamente ligado à Filosofia. Atuando sobre o espírito ao nortear a conduta social, o Direito ocupa-se de questões polêmicas, que exigem reflexão e juízos de valor” (2001).

Esta subjetividade pode se exteriorizar de forma tão latente na pessoa do julgador que, às vezes, pela constatação dos fatores relacionados, torna-se previsível o seu posicionamento, apresentando-se, por isso, o pronunciamento jurisdicional como uma norma individual criada por pessoa determinada para determinadas situações que congregam seu

²⁰ A partir do critério legal, o juiz afere as provas seguindo uma hierarquia estabelecida legalmente. É um método superado, porquanto dá ensejo para que o processo se resuma a um jogo de estratégias, onde o melhor jogador ganha, mesmo apresentando uma verdade formal que muito se distancia da esperada verdade real. Entretanto, no direito processual civil brasileiro há alguns resquícios de sua aplicação

²¹ No critério da livre convicção, deve prevalecer a íntima convicção do julgador, não existindo uma regra que imponha o método de avaliação da prova, justificando aquele a razão pela qual lhe levou a decidir de determinada forma. Também é considerado como um método superado, porque permite o convencimento extra-autos (podendo ser contrário às provas trazidas).

universo individual. De fato, não se pode olvidar que, quando o julgador se prepara para o exercício da atividade judicante, ele exterioriza não só os seus conhecimentos técnicos e científicos acerca da questão apresentada. Vai mais além, influenciando-se, mesmo sem querer e sem querer se permitir, por fatores pessoais ligados à sua formação, experiências e relações pessoais.

Tanto é assim, que, se a “regra de julgamento” disposta no art. 333 do Código de Processo Civil fosse realmente uma “regra”, longe da contaminação de fatores subjetivos, não haveria porque, muitas vezes, que se reconhecer a suspeição ou impedimento do julgador. Igualmente, não se haveria de homenagear o princípio da identidade física do juiz que instrui o processo. Mas a legislação processual, ao passo que possibilitou o reconhecimento de situações de suspeição e impedimento, bem como determinou a preservação da identidade física do juiz, reconheceu que a subjetividade do julgador é capaz de influenciar o seu veredicto.

De fato. O exercício da atividade judicante, na maior parte das vezes, envolve análise de fatos apresentados por meio das provas, malgrado, nalgumas oportunidades, a questão seja somente de direito. Aquela circunstância maximiza a pessoalidade do julgamento, porquanto os fatores envolvidos na atividade jurisdicional são amplos, oportunizando-se a subjetividade (e conseqüente diversidade de entendimento) acerca uma mesma questão (de fato, de fato e direito ou só de direito) apresentada.

Assim, embora se defenda que o ônus da prova tem sua face objetiva, constituindo-se, neste aspecto, em regra de julgamento, esta não escapa da subjetividade da pessoa do julgador. Ao analisar as provas que foram carreadas aos autos, pode um julgador entender que determinado fato não foi demonstrado, porque os meios de provas carreados não foram suficientes. Em contrapartida, outro julgador, em decorrência de fatores subjetivos que lhe envolvam, pode entender que aqueles mesmos fatos restaram provados, porque entendeu que os meios de provas carreados à sua demonstração seriam suficientes. Situações idênticas apresentadas a julgadores diversos, portanto, podem chegar a conclusões igualmente diversas.

A subjetividade, na verdade, advém da própria atividade orientada às partes pelo ônus subjetivo da prova. Vem antes mesmo do emprego da regra de julgamento – com o julgamento (vocábulo empregado em sua acepção ampla) prévio que é realizado pelas partes litigantes. Pode uma parte entender que demonstrou os fatos, cujo ônus lhe incutia, e o juiz, ao seu turno, entender que não foi cumprido o ônus respectivo. Mais: pode uma parte acreditar que a outra não cumpriu o ônus subjetivo de prova que lhe competia, e o juiz, por

razão de seu julgamento, compreender que foi sim cumprido. E, muitas vezes, não há no processo oportunidade para afastar subjetivismos tanto aflorados pelas partes como pelo próprio juiz – considerando-se que, perante os tribunais de superposição, na maior parte das vezes, questões relacionadas a fatos não são enfrentadas.

De toda forma, há de se reconhecer que isto não implica quebra da imparcialidade, mas quebra a impessoalidade do julgador. A prova ou o conjunto probatório podem causar impressões diferentes a pessoas diferentes, ou até mesmo às mesmas pessoas em momentos diferentes de suas vidas. Fatores intrínsecos à personalidade do julgador, relacionados principalmente à sua formação, experiências e relações pessoais são determinantes à definição do julgamento final. Sem contar que eles variam com o passar dos anos, quando as pessoas agregam valores de formação e experiências pessoais, decorrentes, porque não, de acontecimentos históricos, avanços tecnológicos, dentre outras vertentes²².

Neste viés, o ônus objetivo da prova não pode ser colocado, longe de discussões, como uma regra. Nem aquele ônus pode ser igualmente entendido como sendo objetivo. Se diante de situações idênticas pode haver conclusões diversas, não há uma regra de julgamento e, sim, uma orientação de conduta ao julgador quando, pessoalmente, chegue à conclusão pessoal que determinado(s) fato(s) restou(aram) ou não provado(s). Verdadeiramente, somente quando alcançada a conclusão pessoal do julgador (de que os fatos apresentados no processo restaram ou não demonstrados) é que o art. 333 do CPC vai orientar o julgamento.

Por conta disso, o ônus da prova não deveria ser classificado como sendo objetivo e subjetivo. Na realidade, o ônus sempre é subjetivo. Não deveria sequer utilizar a expressão ônus quando o destinatário do art. 333 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL fosse o juiz, pois ele não experimentará, a priori, qualquer intercorrência pelo não cumprimento do ônus objetivo. Para os fins de uma necessária exteriorização da profundidade do art. 333 do CPC, dever-se-ia considerar o seu destinatário, colocando-se às partes o ônus da prova e, ao juiz, uma orientação de conduta para fins de julgamento.

O vocábulo “regra”, que significa “*fórmula que indica ou prescreve o modo correto de falar, de pensar, raciocinar, agir, num caso determinado*”, em muito se distancia da idéia de ônus da prova criado pela doutrina. Colocar o art. 333 do CPC como sendo “orientação”, ou seja, “*impulso, tendência, inclinação*”, é nomear o instituto de forma mais fidedigna. É compartilhar da conclusão de que a subjetividade decorrente a personificação do Estado-juiz

²² Verdadeiramente “*existe, em cada época, uma organização do saber para a qual qualquer descoberta importante constitui uma ameaça*” (RENÉ GIRARD. Coisas ocultas desde a fundação do mundo. Editora Paz e Terra: Rio de Janeiro, 2009).

pode influenciar o julgamento, sendo, por isso, capaz de ensejar o aparecimento de resultados diversos a situações idênticas.

CONCLUSÃO

Posto isto, o art. 333 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL exige uma maior reflexão com relação às conclusões que até então foram apresentadas pela doutrina de maior número. Aquelas não exprimem com fidedignidade a real profundidade e noção que o dispositivo transparece em sua aplicação prática. Entender que o instituto apresenta uma regra de julgamento, de forma objetiva e desinfluyente de fatores de ordem subjetiva, é jogar a limbo a compreensão mais aceitável de institutos jurídicos relacionados à atividade jurisdicional. Onde há emprego da atividade humana, não se pode falar em objetividade; no máximo, em orientação de conduta quando, ao entender pessoal, forem constatadas determinadas conveniências do ponto de vista legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. A influência do direito material sob o processo. Malheiros Editores. São Paulo, 2009.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Editora Ícone: São Paulo, 1995.
- CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. GZ Editora, São Paulo, 2009.
- DEL ANTONIO, Juliano. A importância dos princípios da imparcialidade, da publicidade e do contraditório e da ampla defesa, no âmbito de atuação do Direito Processual Brasileiro. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/36765>. Acesso em: 05 maio 2009.
- GIRARD, René. Coisas ocultas desde a fundação do mundo. Editora Paz e Terra: Rio de Janeiro, 2009.
- NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e. Processo Civil. Editora Juspodivm: Salvador, 2009.

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO PLANO INTERNACIONAL: EXPERIÊNCIAS MARCANTES

Jossano Mendes de Amorim^{*}

RESUMO: O presente artigo objetiva fornecer elementos capazes de singularizar o contrato de parceria público-privada ante as variáveis jurídicas aptas a propiciar a cooperação Estado-particulares em tarefas concernentes à prestação de serviços e realização de investimentos públicos. O ensaio em questão também busca analisar as experiências internacionais mais marcantes no manejo do instituto, com vistas a oferecer aos agentes políticos e juristas brasileiros importantes diretrizes quanto a êxitos e insucessos advindos do uso de alternativas alienígenas relativas a parcerias público-privadas.

Palavras-chave: Direito Administrativo-Econômico. Parcerias público-privadas. Contrato administrativo. Experiência internacional.

ABSTRACT: The present paper aims to supply elements ables to single out the contract of public-private partnership before the legal variables suitable of favour the State-privates cooperation in tasks concerning to be of use and fulfilment of public investment. The paper itself also seeks analyze the more appointment international experience in handled of these question, objectiving to offer for politics agents and brazilians jurist importants rules as regards success or unsucess happenings from use of aliens alternatives relating to public-private partnership.

Key-words: Management-economic Law. Public-private partnership. Management agreement. International experience.

^{*} Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Professor de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado da FESP Faculdades.

1 Introdução

Desde fins da década de 1970, vislumbra-se uma transformação na paisagem conformatória do papel exercido pelo Estado na atividade econômica e na prestação de serviços públicos. De uma postura mais ativa e proeminente, alicerçada no provimento de bens, serviços públicos e investimentos maciços em infra-estrutura, o Poder Público passou a, paulatinamente, concentrar sua atividade no sentido do estabelecimento de marcos regulatórios para as atividades delegadas ao desempenho do setor privado, assim como para o exercício de uma atividade central de fiscalização da atividade econômica.

A perda do protagonismo estatal no âmbito do exercício de atividades econômicas e da prestação de serviços públicos deu-se diante de um claro esgotamento do modelo intervencionista, que não mais respondia ao atendimento das necessidades prementes da sociedade, seja quanto à qualidade na prestação de serviços públicos ou no que pertine à imprescindível realização de investimentos inadiáveis em infra-estrutura, pressuposto para o desenvolvimento econômico.

Como consequência, o Estado passa a buscar novas articulações com os demais atores sociais com vistas à prossecução das tarefas públicas, de forma a assegurar à sociedade as reclamadas prestações de serviços públicos, com qualidade, bem como a geração das infra-estruturas necessárias à consecução do desenvolvimento econômico. Para tanto, faz-se necessária a construção de adequados arcabouços contratuais, como pressuposto para a atração da iniciativa privada no sentido do compartilhamento de responsabilidades públicas, a ser desenvolvida por fórmulas de coordenação-cooperação entre o Estado e os particulares.

Em tal conjuntura, insere-se a temática das parcerias público-privadas, introduzidas no Brasil através da Lei nº 11.079/04. O presente trabalho objetiva distinguir as parcerias público-privadas dos demais mecanismos de cooperação Estado-particulares, centrando esforços na apresentação das experiências internacionais britânica e portuguesa, que por suas virtudes e equívocos, respectivamente, constituem importantes balizas a nortear a conduta dos responsáveis à implementação do mencionado instituto no Brasil.

2 As parcerias público-privadas

No contexto de uma realidade mundial plasmada por grandes desafios a demandar esforços hercúleos para a sua materialização, a conquista dos grandes objetivos da

sociedade não pode ser veiculada por atuações egocêntricas. A crença na insuficiência de modelos que postulam soluções isoladas ou exclusivistas para a concretização dos grandes anseios sociais provoca intensas transformações nos relacionamentos existentes entre o Estado e os particulares.

Do histórico antagonismo de princípios, objetivos e condutas no tecido social, o isolacionismo da relação entre o Estado e os demais agentes sociais²³ evolui para a imprescindível colaboração com vistas à consecução das finalidades públicas, reivindicação de uma sociedade progressivamente mais participativa e exigente.

Aflora uma nova ordem de valores (CANOTILHO, 2001, p.707) a reger a sociedade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p.111) pontifica que a ascensão dessa nova ordem é vigorosamente intensificada pelas conseqüências relacionadas à explosão da era das comunicações. Para o mencionado autor, o maior convívio entre os diversos povos provoca a mitigação de obstáculos políticos e administrativos que entravam a construção de instrumentos consentâneos com a necessidade de sinergia entre os variados atores sociais dirigida à consecução do interesse público.

A imperiosidade do desenvolvimento da conjugação de esforços entre os seus variados agentes acompanha a velocidade (CANOTILHO, 2001, p.707) com que evolui a moderna sociedade, o que pode ser retratado pelo vasto elenco de setores (FAGUNDES, 2003, p.420) em que se desenvolvem parcerias na realidade hodierna. Do seu uso entre agentes privados para fins de desenvolvimento de negócios econômicos até a eclosão de progressivos processos de colaboração entre empregadores e empregados no ambiente de trabalho, passando pela articulação de políticas públicas entre as nações, pode-se vislumbrar a sedimentação de uma era das parcerias (MORAES, 1996, p.28) a presidir os desígnios de desenvolvimento do mundo contemporâneo.

É de caráter remoto a veiculação de atividades conformadoras do interesse público por particulares. Informa Fernão Justen de Oliveira (2007, p.82), por exemplo, que o modelo de concessão de serviços públicos ao qual estamos familiarizados é de construção francesa ao largo do século XVII, destinado à construção de pontes e canais.

Ao mesmo tempo em que resta incontestado a insuficiência de paradigmas de desenvolvimento lastreados no exclusivismo estatal, outros fatores contribuem de forma decisiva para realçar a fundamentalidade da aliança entre os setores público e privado. O desenvolvimento das construções em torno do princípio da subsidiariedade (DI PIETRO, 2006, p.112) alça os particulares à condição de protagonistas no exercício de atividades

²³ O uso da expressão agentes ou atores sociais, neste trabalho, sempre compreenderá o Estado, os particulares e os componentes do setor público não-estatal.

voltadas ao interesse público. A superação da clássica identificação do interesse público enquanto interesse estatal (MOREIRA NETO, 2006, p.112) também contribui para justificar a nota de imprescindibilidade quanto à interação entre os setores público e privado, com vistas à conclamação dos particulares para a construção sinérgica de institutos jurídicos tendentes ao alargamento das fronteiras do desenvolvimento de novas posturas, consentâneas com as aspirações da sociedade.

Tal linha de pensamento também é ilustrada por Jacqueline Morand-Deville, quando afirma que [...] “É preciso, por outro lado, impedir que se faça da noção de interesse público um bloco monolítico e petrificado.” (MORAND-DEVILLER, 2006, p.398) O viés de análise da autora francesa conspira na direção do esgotamento da tradicional visão acima demonstrada, em direção a uma presença mais destacada de membros do setor privado na defesa do interesse público.

Seguindo a mesma esteira, os particulares não podem, assim, ser relegados ao plano da insignificância em meio ao grau de complexidade com que se desenvolve a sociedade hodierna, a exigir respostas adequadas dos seus componentes, ante a magnitude dos desafios por ela engendrados. A constatação pelos agentes públicos do esgotamento de modelos de desenvolvimento de políticas públicas plasmados no protagonismo absoluto do Estado é acompanhada por vertiginoso incremento de responsabilidades (MOREIRA NETO, 2005, p.2) a cargo dos outros agentes sociais.

O desenvolvimento de princípios, como o da responsabilidade social empresarial (PINTO, 2006, p.3), também é lapidar no sentido de propiciar a ascensão da sociedade enquanto co-protagonista na assunção de tarefas anteriormente colimadas apenas ao Estado, o que confere a exata dimensão da crença na necessidade de cooperação-coordenação de posturas (CANOTILHO, 2001, p.717) entre os setores público e privado, como alternativa válida e eficiente para o atendimento das demandas da sociedade.

2.1 A terminologia parcerias público-privadas: um esclarecimento necessário

São recorrentes os equívocos presentes na singularização do instituto das parcerias público-privadas, ante os diversos mecanismos que compõem o arsenal de arranjos de que dispõe o Estado para dar vazão à conjugação de esforços com os particulares e entidades compreendidas no setor público não-estatal para a prossecução das tarefas públicas. A consagração da nomenclatura parcerias público-privadas pela Lei nº 11.079/04 provoca certa

celeuma quanto ao correto manejo do *nomen juris*, advinda da dimensão plurívoca da expressão parcerias.

Para o correto entendimento do instituto objeto da presente investigação, faz-se necessária a clara distinção das fronteiras que apartam as acepções ampla e estrita a envolver as parcerias público-privadas. Consoante aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p.40), considerada em seu sentido amplo, a expressão parcerias público-privadas compreende a dilargada gama de mecanismos engendrados para a consecução de objetivos atinentes ao interesse público, nas esferas social e econômica, entre o Poder Público e a iniciativa privada, instrumentos do que se entende ser a construção de um Direito de Parceria (MORAES, 1996, p.27).

A relação entre as parcerias público-privadas e a construção do mencionado Direito de Parceria não passou despercebida pela análise de Fernão Justen de Oliveira, observando que “[...] a parceria público-privada se insere na mesma dimensão do direito de parceria, que cada vez mais freqüentemente tem recebido o tratamento de direito do desenvolvimento” (2007, p.91).

Na mesma linha de raciocínio, segundo o mesmo autor, a opção pela utilização da nomenclatura parceria para a caracterização do novel instituto revela não apenas um objetivo do contemporâneo Direito Administrativo, mas sim, seu verdadeiro destino (2007, p.91), o que retrata a fundamentalidade da análise acerca do mencionado instituto jurídico.

No que concerne à dimensão estrita do sentido do termo parcerias público-privadas, objeto precípuo do presente estudo, corresponde ao mecanismo singular de contratação administrativa, por meio da criação de duas novas vertentes de concessão de serviços públicos no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 11.079/04, quais sejam as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, a serem delineadas no desenrolar da presente abordagem. Dentre caracteres essenciais que serão minudenciados ao longo deste estudo, destacam-se como elementos distintivos fundamentais para a singularidade jurídica das parcerias público-privadas o acentuado limite temporal da contratação, a nota de não auto-sustentabilidade dos investimentos, a intenção do legislador em reservar o instrumento para o desenvolvimento de projetos estruturantes para a sociedade, os engenhosos mecanismos de distribuição de riscos e obtenção de financiamentos, bem como a controvertida sistemática de garantias das obrigações contratuais insculpida pela Lei nº 11.079/04.

2.2 O contexto internacional das parcerias público-privadas: experiências marcantes

É de vital importância buscar elementos na apreensão da experiência internacional relativa às parcerias público-privadas para o correto entendimento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

A compreensão da diretriz econômica que acompanha o instituto e a identificação de elementos responsáveis por êxitos e fracassos nas variadas experiências estrangeiras nos servem para nortear o entendimento do arcabouço fundamental concernente às parcerias público-privadas, bem como despontam como relevantes balizas a guiar a atuação do jurista e das autoridades pátrias rumo à construção de um cenário propício à maximização de potencialidades e mitigação dos efeitos lesivos observados nas distintas conjunturas externas.

Emblemático é o viés econômico a nortear a incorporação de esquemas de parcerias público-privadas nos diversos Estados. O evidente exaurimento da capacidade de investimentos estatais para a geração de obras e prestação de serviços públicos em parâmetros de eficiência, inclusive nas mais prósperas economias mundiais, presidiu o espírito das autoridades públicas na construção desses mecanismos.

Também não se pode olvidar a influência do debate acerca de questionamentos dos resultados advindos dos processos de privatização, levados à cabo desde a década de 1980, a forçar o desenvolvimento de novas formas de relacionamento com a iniciativa privada (IMF, 2007, p.4).

Os fatores acima elencados traduzem a necessidade da construção de mecanismos aptos a propiciar a aliança entre os setores público e privado para o alcance do binômio materializado na viabilização dos investimentos impostergáveis na geração da infra-estrutura necessária à consecução do desenvolvimento econômico, bem como na prestação de serviços públicos condizentes com patamares elevados de qualidade. É justamente neste cenário que se inserem as parcerias público-privadas.

Nesse sentido, estimativas dão conta que mais de 60 Estados adotam variados esquemas de parcerias público-privadas para a consecução dos objetivos acima delineados (CNI, 2006, p.4). No entanto, as múltiplas experiências não seguem uma padronização contratual, o que reflete os distintos ambientes institucionais e culturais em que se inserem as parcerias público-privadas, a exigir necessária adequação do seu arcabouço às peculiaridades de cada um dos Estados (DHINGRA, 2006, p.2).

Para os objetivos almejados por este trabalho, essencial será a análise das experiências britânica e portuguesa. Justifica-se o estudo da experiência britânica porque além da nota de pioneirismo na formulação do arcabouço contratual que caracteriza as

parcerias público-privadas, o Reino Unido é responsável por 50% de todas as parcerias público-privadas desenvolvidas em escala global (RITCHIE, 2006, p.11).

O caso português desponta como de especial atenção para o panorama brasileiro de parcerias público-privadas, em face de equívocos crassos cometidos no curso do planejamento dos projetos, cuja compreensão serve de parâmetro para que o cotidiano das parcerias público-privadas no Brasil não revele similitudes com os aspectos fracassados do programa lusitano, com efeitos nefastos no plano fiscal à médio prazo (COSTA; SILVA, 2003, p.9).

2.2.1 As parcerias público-privadas no Reino Unido

É indiscutível a precedência dos britânicos na construção dos alicerces teóricos que sustentam o instituto das parcerias público-privadas. Após a vigorosa redução do papel do Estado na economia, acompanhada pelo amplo programa de privatizações realizado sob o comando de Margareth Thatcher em Downing Street, os britânicos continuaram a envolver-se no debate dogmático que opõe a animosidade entre estatistas e privatistas.

A superação dos velhos dogmas estatistas em uma sociedade é elemento destacado para a fixação das raízes sobre as quais ascendem estruturas inovadoras direcionadas ao desenvolvimento. No início da década de 1990, o cenário das finanças públicas no Reino Unido não se mostrava suficientemente apto a protagonizar um vasto leque de iniciativas imprescindíveis à consecução do mesmo, cenário que foi ainda agravado pela conjuntura de severas exigências fiscais, plasmadas no Tratado de Maastricht (RITCHIE, 2006, p.16).

Em 1992, durante o discurso anual em que são anunciadas as estimativas de receitas e despesas para o subsequente ano fiscal, já sob a liderança do governo conservador, capitaneado por John Major, o Reino Unido anunciou o lançamento de um programa de governo lastreado na perspectiva de atração do setor privado para a assunção de responsabilidades na construção de obras e na gestão de serviços, denominado de *Private Finance Initiative* ou PFI.

Consoante informado por Phillipe Cossalter, com as PFI “a delegação das atividades públicas não é mais um modo de gestão como qualquer outro das atividades públicas, mas o meio privilegiado pelo governo” (2005, p.444), em inúmeros espectros da atividade econômica, tais como construção e manutenção de rodovias, projetos de construção e

manutenção da infra-estrutura de escolas e hospitais, administração penitenciária, políticas habitacionais, entre outros.

Importa salientar que as PFI não são veiculadas por específicos diplomas legais, mas pelo condensamento (COSSALTER, 2005, p.427) de instruções contratuais emanadas pelas autoridades competentes, sendo os elementos centrais na conformação de uma PFI previstos em uma técnica de financiamento conhecida por *project finance*. Para Fernão Justen de Oliveira (2007, p.107-109) o cerne da *project finance* consiste na identificação das perspectivas de endividamento e manejo dos riscos inerentes aos projetos desenvolvidos para, a partir daí, ocorrer a correta distribuição dos encargos decorrentes dos projetos PFI.

Embora cercados de acentuada expectativa, os projetos PFI não resultaram na geração do conjunto de investimentos almejados pelas autoridades públicas, tendo sido investidos 4 bilhões de libras no período que medeia 1992-1997 (HM TREASURY, 2007, p.8).

A falta de priorização de projetos, bem como a ausência de estruturas governamentais capazes de promover a coordenação de objetivos, assim como do necessário assessoramento técnico, provocaram a carência de solidez nas estruturas universais do contrato, representando alguns dos fatores responsáveis pela decepção inicial em torno dos resultados advindos das PFI (IMF, 2004, p.37).

Outro elemento central para o não atendimento das expectativas criadas em torno da *Private Finance Initiative* foi a ausência (HM TREASURY, 2007, p.27) de relação entre as fases de concepção e operação dos empreendimentos nas parcerias.

A ascensão ao poder dos trabalhistas, na histórica eleição de 1997, revigorou os horizontes das parcerias público-privadas. Com uma drástica guinada para o centro político, o novo trabalhismo britânico, encarnado na figura do Primeiro-Ministro Tony Blair, abandona suas clássicas concepções econômicas consubstanciadas no estatismo, e resolve revitalizar as perspectivas de utilização de parcerias com o setor privado.

Através de destacada alteração dos fundamentos ideológicos a guiar o instituto, o novo trabalhismo britânico promove a transferência do enfoque das parcerias público-privadas da mera índole fiscal para conjugá-la com a busca por eficiência na gestão dos serviços públicos. É neste momento, a partir de uma série de sugestões para o aperfeiçoamento do instituto, realizadas pelo consultor Malcolm Bates (HM TREASURY, 2000, p.28), que o mecanismo tem a sua nomenclatura alterada para *Public Private Partnerships*, passando as PFI a ser apenas uma das espécies de *Public Private Partnerships*.

A partir da modelagem de estruturas administrativas com finalidades exclusivas de assessoramento, acompanhamento e avaliação dos projetos de parcerias público-privadas,

bem como pela criação de um grande banco de dados a reunir os êxitos e frustrações dos contratos desenvolvidos, servindo como guia para a estruturação dos projetos futuros, as parcerias público-privadas deram um grande salto no Reino Unido.

Os contratos em comento buscam, na verdade, conjugar as melhores aptidões (HM TREASURY, 2000, p.28) dos setores público e privado, com vistas ao desenvolvimento de serviços públicos e geração de exponenciais investimentos em infra-estrutura, essenciais para a consecução de parâmetros desejáveis de crescimento econômico. A reunião do espírito empreendedor do setor privado, aliado à existência de estabilidade institucional e compromisso governamental constitui pressuposto para a obtenção de êxito nas experiências de parcerias público-privadas.

Requisitos inafastáveis na construção dos arcabouços contratuais acerca das parcerias público-privadas são a prévia definição das necessidades estatais, deixando ao setor privado a tarefa de perseguir os mais eficientes mecanismos para o seu alcance, bem como a vinculação do pagamento dos desembolsos públicos à performance atingida pelo contratado, salientando-se que os aludidos desembolsos só são disponibilizados a partir da fruição do serviço contratado.

É no Reino Unido que as parcerias público-privadas atingem o seu apogeu. Daniel Ritchie (2006, p.14) informa que até 2004, foram desenvolvidos 677 projetos de parcerias público-privadas, envolvendo um total de recursos que chega a impressionantes 42 bilhões de libras esterlinas, representando os investimentos realizados sob a égide das parcerias público-privadas 15% dos investimentos globais (HM TREASURY, 2000, p.15) realizados no Reino Unido.

A eficiência econômica dos projetos de parcerias público-privadas pode ser aferida pelos resultados advindos dessa modalidade de contratação, chegando a substanciais 17%, na comparação preço-qualidade em relação aos investimentos realizados sob a liderança do setor público²⁴ (informação verbal). Por outro lado, Phillipe Cossalter demonstra ceticismo quanto à estatística mencionada. Segundo o autor, a base de comparação é de difícil precisão, uma vez que o nível de incremento da performance atinente ao setor público é cercado de muitos questionamentos. Na mesma linha de raciocínio, prossegue o autor afirmando que “por outro lado, as economias obtidas pela PFI envolvem essencialmente a fase de exploração. Ora, essa apenas começou, na maior parte dos casos” (COSSALTER, 2005, p.486).

²⁴ Informação prestada por Nigel Griffiths durante o Seminário Internacional Parceria Público-Privada para a Prestação de Serviços de Infra-Estrutura MRE –BID - BNDES, realizado no Rio de Janeiro, em 13/11/03.

Ainda no Reino Unido, informa Chris Heathcote (2003, p.16-17) que 80% dos projetos em parcerias público-privadas cumprem o cronograma de disponibilidade dos serviços, em contraste com os singelos 30% dos projetos convencionais; 80% dos contratos PPP observam os orçamentos públicos para desembolso, ao contrário de meros 25% de outros contratos.

Umbilicalmente vinculado à eficiência em projetos desta estirpe, o mandamento nuclear para o sucesso de um projeto de parceria público-privada reside na constatação de que o instituto em estudo proporciona a prestação de serviços públicos de alta qualidade aos usuários e ao Poder Público, acompanhado de um custo comprovadamente inferior ao normalmente observado, se a realização de investimentos e a prestação de serviços públicos ficassem sob a responsabilidade estatal. A comprovação da relação preço-qualidade (COSSALTER, 2007, p.99) a nortear os rumos das parcerias público-privadas é realizada por um mecanismo conhecido como *value for money*²⁵.

Impende salientar que alguns Estados, como o próprio Reino Unido e a Irlanda já solucionaram os seus problemas fiscais e continuam a fazer uso das parcerias público-privadas, o que comprova o deslocamento da perspectiva de utilização do instituto. Se na conjuntura de sua emergência, eram inquestionavelmente prevalecentes os argumentos de índole fiscal a demandar a criação do instituto, hodiernamente verifica-se a tendência de utilização do mecanismo sob a ótica do princípio da eficiência, sem, contudo, relegar à insignificância o plano fiscal.

Diante do exposto, cumpre destacar que o grande legado da experiência britânica no manejo das parcerias público-privadas consiste na definição precisa dos papéis a serem exercidos pelos parceiros, no sentido da maximização das potencialidades de êxito das contratações, em um ambiente econômico que prima pelo respeito aos alicerces que norteiam a responsabilidade fiscal do Estado.

2.2.2 As parcerias público-privadas em Portugal

Na esteira da experiência exitosa do Reino Unido na utilização de uma nova modelagem de articulação entre o Estado e os particulares para a consecução de tarefas públicas, Portugal implementou, em 1997, o seu programa de parcerias público-privadas.

A conceituação das parcerias público-privadas em Portugal foi conferida pelo Decreto-Lei nº 86/2003, no seu artigo 2º, nº 1. O mencionado diploma legal optou por dar uma feição

²⁵ Os elementos que norteiam a investigação do *value for money* serão explicitados quando da abordagem das parcerias público-privadas no Brasil.

ampla à concepção lusitana de parcerias público-privadas, sendo a exposição do elenco das modalidades contratuais aptas a ensejar parcerias público-privadas o traço decisivo para a sua caracterização.

Observa Fernão Justen de Oliveira que o processo de construção das parcerias em Portugal dá-se de forma diametralmente oposta à brasileira. Segundo o mencionado doutrinador “[...] Mesmo antes de existir lei sobre parceria público-privada, os recursos sobejantes da economia europeia e nela já residentes organizaram-se por intermédio dos instrumentos legais então conhecidos” (OLIVEIRA, 2007, p.105).

Todavia, em que pese constituir importante alternativa para a obtenção da *expertise* privada na gestão de empreendimentos públicos, o modelo de parcerias público-privadas não pode ser encarado como uma fórmula mágica, capaz de solucionar todas as mazelas ou crônicas necessidades em projetos de infra-estrutura ou prestação de serviços.

Uma das vantagens iniciais da adoção do instituto em comento é a possibilidade da atração de vultosos recursos para o desenvolvimento de atividades essenciais ao desenvolvimento, com alívio inicial nas contas públicas (HM TREASURY, 2000, p.15). Nesse prisma, o setor público passa a ter maior liberdade para centrar suas atividades em áreas estratégicas.

A euforia com que foi recepcionado o citado instituto em Portugal, todavia, contribuiu para a não adoção de mecanismos protetivos do primado da responsabilidade fiscal. A falta de clareza quanto à identificação (COSTA; SILVA, 2003, p.08) das responsabilidades pela gestão dos processos relativos às parcerias também foi destacado fator para a ausência de prévio e acurado estudo de impactos fiscais decorrentes da assunção das contrapartidas contratuais públicas, calcadas em desembolsos futuros a médio e longo prazos.

No que concerne às preocupações advindas da utilização do instituto, Vital Moreira alerta no sentido de possíveis facilidades para o exercício populista da espécie (MOREIRA, 2003, 189-190). Conforme o aludido autor lusitano, o populismo eventualmente instalado na condução dos rumos do Estado encontra na inexistência de imposições de limites fiscais para as contraprestações públicas em projetos de parcerias público-privadas espaço concreto para a realização desenfreada de obras, sem maiores preocupações quanto aos impactos orçamentários futuros advindos desses projetos.

A arquitetura lusitana de parcerias público-privadas não atentou para os riscos fiscais (COSTA; SILVA, 2003, p.09) da sua utilização exacerbada. Deslumbrado com a alternativa encontrada para a promoção de infra-estrutura, o Estado português não se planejou adequadamente para fazer frente às contrapartidas de suas responsabilidades.

Dentre as falhas mais crassas cometidas encontram-se (COSTA; SILVA, 2003, p.09) o lançamento em profusão de projetos desprovidos de quaisquer elementos estruturantes para a sociedade, vinculados ao setor rodoviário, bem como a ausência de uma estimativa do custo anual dos projetos globalmente considerados. Existiram apenas estimativas individuais e do custo total dos projetos, o que refletiu na insustentabilidade dos recursos orçamentários para fazer frente às despesas concernentes aos projetos rodoviários a partir do ano fiscal de 2008.

José Eduardo de Alvarenga informa que o total de despesas em projetos de parcerias público-privadas, em Portugal, chegou a 500 milhões de euros em 2005, e que, no ano de 2007 alcançaria a marca de 800 milhões de euros, suplantando em 40% o orçamento anual para a manutenção de todas as estradas do país (ALVARENGA, 2005, p.04).

Para a mitigação do déficit público provocada pela irresponsabilidade fiscal do Poder Público, convencionou-se a cobrança de tarifas dos usuários das rodovias, acompanhada das contrapartidas públicas. O exemplo português serve, assim, para confirmar que a problemática da compatibilidade entre as contrapartidas públicas em investimentos materializados por parcerias público-privadas, a médio e longo prazos, e os postulados de responsabilidade fiscal do Estado, é, hodiernamente, das mais caras à discussão sobre as mencionadas parcerias.

3 Conclusão

O modelo brasileiro de parcerias público-privadas, insculpido pela Lei nº 11079/04, surge em meio à convicção quanto à impossibilidade de consecução das tarefas públicas isoladamente pelo Estado. A necessidade de atrair o setor privado para a realização de parcerias destinadas ao cumprimento dos fins públicos constitui o objetivo principal do mencionado instituto.

No universo de mecanismos jurídicos existentes para tal fim, as parcerias público-privadas logram individualidade por representarem o instrumento adequado para a concretização de investimentos indispensáveis em infra-estrutura, caracterizados pela nota de não auto-sustentabilidade, em que o retorno social supera as expectativas de recompensa econômica, assim como para a elevação dos parâmetros de qualidade na prestação de serviços públicos.

A observação da cena internacional revela-se imprescindível para que o manejo do instituto em terras brasileiras atenda aos objetivos para os quais preconizado, de forma

eficiente. À guisa de conclusão, a partir da experiência portuguesa, atores políticos e jurídicos devem atentar para a compatibilidade fiscal das contraprestações públicas atreladas aos variados projetos. O uso do instituto em terras lusitanas demonstra, ainda, a necessidade de reservar o novo mecanismo jurídico-contratual apenas para iniciativas cuja importância econômico-social seja inequívoca, dada a complexidade de inúmeras variáveis contratuais.

Por seu turno, o estudo do manejo britânico quanto às parcerias público-privadas revela a importância da demarcação precisa das tarefas exercidas por parceiros público e privado, aliada a estruturação de unidades administrativas específicas com a missão de planejar e fiscalizar o cumprimento de cada etapa do desenrolar contratual como requisitos para o sucesso dos contratos de parceria público-privada.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, José Eduardo de. Parcerias público-privadas: breves comentários. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08/06/07.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. *Studia Juridica*, Coimbra, n. 61, p. 705-722, 2001.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Experiência internacional das parcerias público-privadas: o exemplo inglês*. Disponível em: <<http://www.cni.org.br>>. Acesso em: 19/03/06.
- COSSALTER, Phillipe. A private finance initiative. In: JUSTEN, Monica Spezia; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Parcerias público-privadas – um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- COSTA, Álvaro; SILVA, Cecília. Parceria público-privada em Portugal – o caso das estradas sem portagem (scuts). In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL PARCERIA PÚBLICO PRIVADAS (PPP) NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA MRE – BID – BNDES*. Rio de Janeiro, nov. 2003.
- DHINGRA, Indebir. et al. Public private partnerships units. What are they, and what do they do? *The World Bank Group*. September 2006. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 19/09/07.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto S.. Parcerias em projetos de infra-estrutura. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, p. 419-429, jul./set. 2003.
- HEATHCOTE, Chris. Public private partnerships – UK and other international experience. In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL PARCERIA PÚBLICO PRIVADA (PPP) NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA MRE – BID – BNDES*. Rio de Janeiro, nov. 2003.
- HM TREASURY. *Public private partnerships: the government s approach*. London, 2000. Disponível em: <<http://www.hm-treasury.gov.uk>>. Acesso em: 19/09/07.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Public private partnerships*. Prepared by the fiscal affairs department (in consultation with other departments, the world bank, and the inter-american development bank). March 12, 2004. Disponível em: <<http://www.imf.org>>. Acesso em: 19/09/07.
- MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M; WALD, Arnaldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Poder público, serviço público: crise e conciliação. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 4, p. 387-401, out./dez. 2006.
- MOREIRA, Vital. A tentação da “private finance initiative (pfi)”. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do estado na economia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 241, p. 1-19, jul./set. 2005.

_____. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada. Aspectos de direito público econômico (lei n.11.079)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

RITCHIE, Daniel. As ppps no contexto internacional. In: ANDRADE, Rogério Emílio de; PAVANI, Sérgio Augusto Zampol (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP editora, 2006.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1.5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4cm, fonte 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo do trabalho segundo o exemplo: ...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano, devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: 12 a 15 páginas.

Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º
Piso; Manaíra Shopping;

Bairro: Manaíra;

Cidade: João Pessoa – PB

CEP: 58037-000

Fone: (0xx83) 2106 6175

E-mail para envio de artigos:

fjsmonte@gmail.com



fesp
Faculdades

Venha fazer parte desta equipe.

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º Piso Manaíra Shopping
Manaíra - João Pessoa - PB - CEP: 58.037-000
Tel. 83 2106 6175