

ISSN 1678-9350

# **Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas**



**Fundação Educacional Monsenhor Messias**

Rev. Fac. Direito de Sete Lagoas Sete Lagoas v.1 n.2 186p. 1º sem. 2003

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DE SETE LAGOAS**

**Número 2  
1º semestre - 2003  
Sete Lagoas - MG  
Periodicidade: semestral**

ISSN 1678-9350

|                                     |             |     |        |             |
|-------------------------------------|-------------|-----|--------|-------------|
| Rev. da Fac. Direito de Sete Lagoas | Sete Lagoas | n.2 | 186 p. | 1º sem.2003 |
|-------------------------------------|-------------|-----|--------|-------------|

---



Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas, v.1, n.2  
(2003). - Sete Lagoas: FEMM/Fadisete, 2003 -

Semestral

ISSN 1678-9350

Sucessora da Revista da Fundação Educacional Monsenhor Messias

I. Direito - Periódicos. I. Faculdade de Direito de Sete Lagoas.

CDD: 340.05

*Pede-se permuta  
Pideje canje  
Man bittet um austausch  
We ask for exchange  
On demande l' échange  
Si riquiere lo scambio*

As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são da  
responsabilidade dos respectivos autores.

Gráfica da Fundação Educacional Monsenhor Messias

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

*Toda correspondência deverá ser endereçada à:*

*REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SETE LAGOAS.  
Av. Marechal Castelo Branco, 2.765 - Tel.: (31) 3773-2022  
Sete Lagoas - Minas Gerais  
[www.unisete.br/fadisete](http://www.unisete.br/fadisete)*

## **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SETE LAGOAS**

### ***DIRETOR***

Prof. Guilherme Wagner Ribeiro

### ***VICE-DIRETOR***

Prof. Fernando Alves

### ***CONSELHO EDITORIAL***

Prof. Bruno Resende Rabello [coord.]

Prof. Guilherme Wagner Ribeiro

Prof<sup>a</sup> Luciana Batista Santos

Prof. Bernardo Gonçalves A. Fernandes

### ***REVISOR***

Prof. Alfredo A. E. Valadares

---

DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO: A IMPLEMENTAÇÃO DE  
POLÍTICAS ECONÔMICAS SUSTENTÁVEIS

Romeu Thomé .....167



## A ADOÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PELOS GOVERNADORES E PREFEITOS: POSSIBILIDADES E LIMITES

*Aléssia Barroso Lima Brito de Campos\**

*Marcelo Barroso Lima Brito de Campos\*\**

### 1 INTRODUÇÃO

A sistematização da divisão funcional dos poderes atribuída a Montesquieu<sup>1</sup> foi brilhantemente assimilada em nosso ordenamento jurídico pelo jusfilósofo Paulo Bonavides, que preleciona:

Distingue Montesquieu em cada Estado três sortes de poderes: o poder legislativo, o poder executivo (poder executivo das coisas que dependem das gentes, segundo sua terminologia) e o poder judiciário (poder executivo das coisas que dependem do direito civil).

A cada um desses poderes correspondem, segundo o pensador francês, determinadas funções.

Através do poder legislativo fazem-se leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou ab-rogam as que já se acham feitas.

Com o poder executivo, ocupa-se o príncipe ou magistrado (os termos são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne invasões.

O terceiro poder – o judiciário – dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios de ordem civil.<sup>2</sup>

\* Advogada e Pós-graduanda em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público IDP.

\*\* Procurador do Estado de Minas Gerais, Advogado, Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro e Professor de Direito Público, Direito Constitucional, Processo Constitucional, Ciência Política e Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito de Sete Lagoas, da Universidade de Itaúna e do Centro Universitário de Belo Horizonte – Uni-BH.

<sup>1</sup> Montesquieu. De l'Esprit des lois. In: \_\_\_\_\_. *Oeuvres Còmpletes*. t. II.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 138-139.

Inicialmente rígida e rigorosa, caracterizada pela independência absoluta dos poderes visando equilibrar as forças existentes no Estado e coibir a volta do absolutismo concentrador de poder, a Teoria dos Três Poderes não admitia delegação de competências de um poder a outro, inexistindo a possibilidade de que o Executivo exercesse a função legislativa, por vedação expressa da chamada *delegação legislativa*.

Contudo, a evolução da história política permitiu a flexibilização da regra absolutista da separação dos poderes, como destaca Pinto Ferreira:

Assim sendo, desde os tempos de Cooley e Willoughby, que fizeram a defesa da indelegabilidade das funções legiferantes, a temática mudou bastante. Assim também aconteceu no Brasil. O próprio Rui Barbosa, que de início combatera as delegações terminou escrevendo melancolicamente que, “contra todos os esforços da teoria jurídica, o princípio das delegações reemerge sempre como regra consuetudinária, que surge naturalmente, quando as circunstâncias a impõem” (RF, 7:37). Esse ponto de vista foi adotado por outro eminente jurista brasileiro, Epitácio Pessoa na revista *O Direito* (15:85).<sup>3</sup>

Em consequência, o poder legiferante, enquanto função típica do Poder Legislativo, passou a constituir-se em função atípica do Poder Executivo, mediante a possibilidade, em caráter excepcional, da *delegação legislativa* tanto no Direito Comparado, quanto no Direito Brasileiro.

Mesmo em um Estado Democrático de Direito, há situações que para serem solucionadas, demandam intervenção rápida e eficaz do Poder Público, mormente pelo Executivo, tendo em vista a natureza administrativa de suas atribuições, mediante a adoção de medidas legislativas urgentes.

A origem da medida provisória remonta à Constituição Italiana de 1947, que previu em seu art. 77, o *decretileggi* a ser utilizado pelo governo, mais pre-

---

<sup>3</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraíva, 2001. p. 90.

cisamente pelo Conselho de Ministros, órgão colegiado de deliberação, em casos extraordinários de necessidade e urgência.

O Constituinte brasileiro de 1988, cômico da necessidade de adoção de medidas legislativas urgentes por parte do Poder Executivo, criou a medida provisória, concedendo ao Presidente da República a faculdade de adotá-la, com força de lei, em caso de relevância e urgência, devendo submetê-la ao Congresso Nacional (CF, art. 62). E, como assevera o festejado Manoel Gonçalves Ferreira Filho “a Constituição em vigor aboliu do processo legislativo o decreto-lei. Criou, para substituí-lo, a figura da medida provisória com força de lei que poderão ser adotadas pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência.”<sup>4</sup>

Assim, no Brasil, a instituição da medida provisória visou assegurar ao Poder Executivo maior agilidade em situações nas quais não fosse possível aguardar a tramitação de um projeto de lei, sem que, em tese, houvesse prejuízo para os cidadãos.

Nota-se que o instituto da medida provisória, presente na República Federativa do Brasil a partir da Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988 (art. 62), inspirado no direito italiano<sup>5</sup>, constitui um dos instrumentos que deve equacionar o equilíbrio entre as funções legislativa e executiva, estabelecendo, pois, a harmonia necessária entre os Poderes do Estado Democrático de Direito (CF, arts. 1º e 2º).

Tendo em vista todo o contexto apresentado e ante a inexistência de definição expressa e específica em sede constitucional, uma questão vem atormentando os operadores do Direito, os agentes políticos e o povo em geral, qual seja: *a possibilidade ou não de adoção de medidas provisórias pelos governadores e prefeitos e, em caso positivo, quais os limites*. A matéria constitui um tema de profunda relevância na investigação científica.

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 183.

<sup>5</sup> Cf. HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 580-581 e RAMOS, Carlos Roberto. *Medidas provisórias*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 31.

A atual Teoria Constitucional vem adotando o conceito de colaboração entre as funções do Estado (parlamentarismo) ou harmonia dos poderes (presidencialismo), em substituição à rígida divisão de poderes sistematizada por Montesquieu, tal como era concebida nos séculos de predominância do Liberalismo Político.

No Estado contemporâneo, a par da descentralização da função legislativa, implementa-se com maior ou menor intensidade a ação legiferante do Poder Executivo, seja em face de delegação do legislativo, seja em face da competência própria constitucionalmente deferida.

Ademais, considerando a expansividade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, onde impera a necessidade do Estado disciplinar tudo e, ante o crescimento das demandas políticas e sociais, não há como ignorar o fenômeno da legislação de emergência.

Com efeito, sabe-se que o possível equilíbrio entre as funções do Estado, em prol da harmonia, encontra-se na guarda do conteúdo da Constituição, por meio de um sistema de implementação de limites e constante controle político e jurisdicional.

Em nossa História Constitucional, verifica-se que a Carta Magna de 1967 vedava expressamente a adoção pelos Estados-Membros e Municípios dos intitulados decretos-leis. A atual Constituição manteve a capacidade legislativa do Executivo, não mais por meio dos decretos-leis, mas por meio de medida provisória, todavia, não se pronunciou expressamente quanto à proibição de se adotar no âmbito daqueles entes federados, as medidas provisórias.

Ao longo de uma série de estudos, culminando com o advento da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, uma parte dos questionamentos sobre o limite de aplicação da Medida Provisória foi solucionada; por outro lado, falhou o Parlamento, porque não resolveu a controvérsia quanto à faculdade de no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios



se adotar medida provisória, por meio de seus respectivos Chefes do Poder Executivo, portanto, ainda paira o questionamento.

Algumas orientações antagônicas têm sido produzidas a respeito. Em princípio são duas:

uma corrente não recomenda a sua utilização no âmbito estadual, distrital e municipal;<sup>6</sup>

outra corrente acredita ser possível a adoção de medidas provisórias por governadores e prefeitos.<sup>7</sup>

## 2 A TESE DA IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS POR GOVERNADORES E PREFEITOS

É importante não perder de vista que a medida provisória constitui exceção ao Princípio da Divisão de Poderes como assevera José Afonso da Silva ao discorrer sobre tal assunto: “As exceções mais marcantes, contudo, se acham na possibilidade de adoção pelo Presidente da República de *medidas provisórias*, com força de lei (art. 62)”.<sup>8</sup>

Forte nesse entendimento, uma corrente doutrinária posiciona-se no sentido de que os estados-membros, municípios e Distrito Federal não deveriam se valer da medida provisória, uma vez que sua adoção seria uma função atípica de seus respectivos Poderes Executivos, constituindo-se uma exceção à tripartição de poderes, e como toda exceção, deveria estar expressa na Constituição da República a possibilidade de sua adoção pelos governadores e prefeitos, o que inexiste no texto da Carta Magna de 1988.

Tal argumentação orienta-se, principalmente, pelos limites jurídicos impostos pela Magna Carta, eis que o Poder Constituinte Decorrente, atribuído aos

<sup>6</sup> Adeptos dessa corrente: Michel Temer, Ricardo Cunha Chimentí e Joel de Menezes Niebuhr.

<sup>7</sup> Adeptos dessa corrente: Roque Antônio Carraza, Uadi Lamm e Alexandre de Moraes, este último doutrinador destaca a posição do STF, favorável à adoção, e destaca a existência de três Estados da federação que prevêem em sua constituição tal instrumento legiferante: são eles: Tocantins, Santa Catarina e Acre.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 113.

estados-membros, é um Poder juridicamente limitado e condicionado, pois nasce e atua na esfera da Constituição Federal que lhe fornece supedâneo (CF, art. 25).

Além do aspecto jurídico, fundamenta-se a presente teoria pela impossibilidade de adoção de medida provisória no âmbito estadual, distrital e municipal, ainda, no fato de que as medidas provisórias são utilizadas em desacordo com normas fundamentais, mormente no que tange aos requisitos de urgência e relevância do interesse público, parâmetros frequentemente vulnerados e banalizados quando se utiliza de medida provisória para disciplinar matérias que, apesar de relevantes, não são urgentes, conforme demonstra, a título exemplificativo, a Medida Provisória nº. 105/89, editada pelo ex-Presidente da República José Sarney que disciplina a inscrição dos nomes de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no Livro dos heróis da Pátria.

Sob o crivo da negatividade, referida corrente fundamenta-se, principalmente, na notória polêmica referente ao excessivo número de medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo Federal.<sup>9</sup> Se no âmbito da União, não obstante o monitoramento bicameral, ocorre o exagero, teme-se o abuso nas demais esferas federadas.

Dessa forma e segundo essa corrente doutrinária, não poderia ser estendida a adoção da medida provisória aos governadores e prefeitos, sob pena de se repetirem os mesmos erros ou desacertos mais graves, tendo em vista o silêncio dos poderes legislativo e judiciário.

---

<sup>9</sup> Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que introduziu o instituto no Ordenamento Jurídico brasileiro, foram editadas 619 medidas provisórias, com 5491 reedições, todas essas no curto espaço de aproximadamente 14 anos. Fonte: (Presidência da República acessado em 04 de setembro de 2002); disponível em <http://www.planalto.gov.br>

### 3 A TESE DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS POR GOVERNADORES E PREFEITOS

Conforme lição do eminente constitucionalista Alexandre de Moraes,

[...] O Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais. Tal entendimento, que igualmente se aplica às Leis Orgânicas dos Municípios, acaba por permitir que no âmbito estadual e municipal haja previsão de medidas provisórias a serem editadas, respectivamente, pelo Governador do Estado ou Prefeito Municipal e analisadas pelo Poder Legislativo local, desde que, no primeiro caso, exista previsão expressa na Constituição Estadual e no segundo, previsão nessa e na respectiva Lei Orgânica do Município. Além disso, será obrigatória a observância do modelo básico da Constituição Federal.<sup>10</sup>

Ademais, considerando que dois são os requisitos para a edição da Medida Provisória, quais sejam: relevância e urgência, por simetria, aplica-se ao presente caso o princípio da predominância do interesse, que informou o Constituinte de 1988, na repartição de competências. Com efeito, pode-se admitir que o governo regional (CF, arts. 25 e 32) e local (CF, art. 30, I e 32) atendendo a suas características geográficas, sociais e históricas, bem como aos desejos e aptidões do povo que nele habita, possa decidir sobre as prioridades dentro de sua esfera de competência, em obediência aos ditames da Lei Maior, definindo, por conseguinte, o que seria relevante e urgente em seu âmbito de atuação.

Outro forte argumento da tese que defende a possibilidade de edição de medida provisória por governadores e prefeitos paira sobre a hipótese prevista no art. 25, §2º, da Constituição da República, que veda a adoção de Medida Provisória pelos Estados Federados para a regularização da exploração dos serviços locais de gás canalizado. Se por um lado há vedação de

---

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 559.



adoção de medida no âmbito estadual, no que se refere à regularização de gás canalizado, por outro lado, admite-se a adoção de medida provisória para disciplinar outras matérias.

Fundamentam-se, ainda, os defensores da tese positiva de adoção da medida provisória por governadores e prefeitos, na autonomia dos Estados, Municípios e Distrito Federal, consagrada no texto constitucional (CF, art. 1º e 18).

Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que os Governadores de Estados podem adotar medidas provisórias, em caso de relevância e urgência, desde que haja previsão nas Constituições Estaduais e que elas sejam convertidas em leis pelas respectivas assembleias legislativas<sup>11</sup>.

Embora, o Supremo Tribunal Federal entenda não haver indícios que impeçam a adoção de medida provisória no âmbito estadual, ainda poderá haver divergências sobre o assunto, como bem salientou o ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da ADI 425, ao afirmar que a questão sempre poderá ser tema de discussão na ordem judiciária do país.

#### **4 LIMITES DA ADOÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO ÂMBITO ESTADUAL, DISTRITAL E MUNICIPAL**

Admitindo-se a adoção de medidas provisórias por governadores e prefeitos, desde que haja previsão expressa nas constituições estaduais e nas leis orgânicas do município, observando a atual tendência doutrinária e jurispru-

---

<sup>11</sup> A decisão foi tomada durante julgamento de preliminar proposta pelo ministro Maurício Corrêa, relator da Ação direta de Inconstitucionalidade (ADI 425), ajuizada em 1990 pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), contra o então governador de Tocantins, Siqueira Campos, e a Assembleia Legislativa do estado. A ação questionava três Medidas Provisórias editadas pelo governador e transformadas em leis pela assembleia legislativa, sob alegação que comprometiam o erário estadual. Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 4 set. 2002.

dencial, a matéria a ser discutida perpassa pelos limites a serem observados na utilização desse instituto.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre os limites ao considerar que as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal servem como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais<sup>12</sup>, extensíveis às Leis Orgânicas, logo, impõe-se a observância das limitações formais, temporais e materiais previstas no art. 62, da Constituição da República, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº. 32/01.

Sendo assim, somente em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado(do Distrito Federal) ou o Prefeito Municipal, podem adotar medida provisória com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa ou à Câmara dos Vereadores, conforme o caso.

Entende-se que deverá ser vedada a edição de medidas provisórias estaduais, distritais e municipais sobre: nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, direito eleitoral, direito penal, processual penal, processual civil; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares; detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; matérias reservada a lei complementar; e que já foi disciplinada em projeto de lei aprovado pela Assembléia Legislativa ou pela Câmara de Vereadores e pendente de sanção ou veto do Governador ou do Prefeito, conforme o caso.

Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos estaduais, distritais ou municipais, deve observar o princípio da anterioridade e só poderá produzir efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

A eficácia das medidas provisórias no âmbito estadual, distrital e municipal

---

12 Neste sentido confira STF – Pleno – Adin nº 822/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: RTJ 150/482).

deverá ser de sessenta dias, prorrogáveis uma única vez por mais sessenta, caso a votação na casa parlamentar não haja encerrado, contado o prazo a partir da publicação da mesma, que se suspende durante os períodos de recesso da Assembléia Legislativa ou da Câmara de Vereadores.

É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Além dos limites expressamente delineados na Constituição da República, impõe-se observar o real significado de relevância e urgência, que deve ser encarado de forma efetiva, razoável e proporcional, a fim de justificar a utilização da medida provisória somente em situações extremas, evitando usurpação pelo Poder Executivo estadual, distrital ou municipal, da função legislativa típica atribuída ao Poder Legislativo em cada entidade da federação.

Vale encerrar o artigo com o alerta do Professor Pinto Ferreira ao tratar da *delegação legislativa*

É preciso entretanto olhar com prudência o sistema ora em defesa. É indispensável formulá-lo com clareza, como aliás tentou do Deputado Barbosa Lima Sobrinho quando apresentou emenda ao projeto da Constituinte de 1945/1946. A distinção de Poderes deve permanecer, pois a delegabilidade é um perigo para as instituições representativas da democracias latino-americanas que ainda não se libertaram do caudilhismo; contudo o constitucionalismo pode muito bem estabelecer um critério moderado, a fim de permitir maior flexibilidade de ação ao Executivo, do que melhor exemplo é dado pela Constituição italiana de 1947.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> FERREIRA, Pinto. *Op. cit.*, p. 90

## 5 CONCLUSÃO

Portanto, verifica-se que, a despeito de ambas as posições serem juridicamente sustentáveis, a tendência atual reside na admissibilidade de adoção de medidas provisórias no âmbito estadual, distrital e municipal, na esteira do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A observância de limites em todas as esferas federadas é questão fundamental para se evitar que o uso indiscriminado de medidas provisórias provoque disfunção sistêmica na clássica tripartição de poderes, e, conseqüentemente, torne indevida a utilização de um instrumento normativo assegurado pela Constituição.

Não se pode deixar de considerar a insegurança e a instabilidade jurídica que acarreta o tradicional e arraigado abuso na utilização de medidas provisórias na República brasileira. É justamente para evitar a fragilização da ordem jurídica, que se faz necessária a correta e precisa definição dos contornos de adoção dessa espécie normativa nos âmbitos estadual, distrital e municipal. Urge mobilizar o legislativo para estabelecer tais limites e definições, evitando os enfrentamentos judiciais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

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

CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *As medidas provisórias e a Constituição Federal/88*. Curitiba: Juruá, 1991.

---

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 2. ed. Brasília: Consulex, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MONTESQUIEU. De l'Esprit des lois. In: \_\_\_\_\_. *Oeuvres còmpletas*. t. 2.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

PRADE, Péricles. Medidas provisórias: análise do substitutivo aos projetos de lei complementar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 79, n.660, p.17-27, out. 1990.

RAMOS, Carlos Roberto. *Medidas provisórias*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *A medida provisória na Constituição*. São Paulo: Atlas, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.



## **A REALIDADE SOCIAL DOS VAZADOUROS**

### **Estudo de caso sobre a organização social dos vazadouros tendo por base a divisão do trabalho hierarquizado como fator de coesão e harmonização social**

*Claudio Antônio da Cruz\**

*Denise dos Santos Chaves\**

*João Bosco Lino da Silva\**

**Resumo:** A pesquisa intitulada “A Realidade Social dos Vazadouros” tem por objeto inicial compreender como se processam os fenômenos sociais em uma sociedade formada a partir do lixo. A delimitação do campo de pesquisa dentro da metodologia científica escolhida foi realizada da seguinte maneira: após revisão bibliográfica existente sobre os fenômenos sociais e seus respectivos autores como Karl Marx, Max Weber, Emile Durkheim, Michael Foucault e outros, adotamos como marco teórico de nosso trabalho a proposta da “Divisão de trabalho produtora de solidariedade com forma de coesão e harmonização social” compreendida na teoria Durkheimiana. A partir desse ponto norteador partimos para observação prática do fenômeno social. Essa fase, de vital importância para uma melhor compreensão e delimitação do campo de trabalho, foi realizada em várias incursões ao vazadouro, tendo sido feitas anotações acerca do que foi percebido. A pesquisa que tinha por objetivo inicial compreender como se processavam as relações dentro do vazadouro acabou apresentando nas hierarquias estabelecidas pela divisão do trabalho uma hipótese nova, a de se comprovar que a divisão hierárquica do trabalho é fator de coesão e harmonização social e suas experiências devem ser utilizadas dentro de nossa sociedade.

**Palavras-chaves:** Realidade dos Vazadouros. Direitos Sociais. Hierarquias / Divisão de Trabalho Solidário. Subsistência / Normas Internas de Conduta /

---

\* Alunos do 2º ano B de 2001 orientados pelo Prof. Adilson José Moreira.

Ordenamento Jurídico Vigente.

## 1 DA REALIDADE DOS VAZADOUROS

O termo vazadouro possui várias acepções. No sentido literal da palavra, vazadouro é o lugar onde se despejam imundícies ou onde se lança o lixo. Dentro do contexto dessa pesquisa, vazadouro também significa local de trabalho onde a matéria prima é o lixo e que tem por escopo garantir a subsistência de indivíduos desassistidos por direitos constitucionais.

Assim como em outros centros urbanos, em Sete Lagoas existe um grupo social que vive à margem dos direitos humanos e das garantidas individuais e coletivas. Essas pessoas vivem do que é inutilizado por outras, do que é considerado impróprio para o consumo ou para qualquer outro fim, ou seja, do lixo. O objetivo inicial dessa pesquisa é compreender as reais condições da vida de quem vive do lixo. Entender como pessoas não assistidas pelo direito e tendo-lhes negada a própria dignidade humana, podem manter relações de harmonia dentro de seu grupo social, com grupos externos ao vazadouro, com as instituições e por fim, com o próprio direito.

Para melhor compreensão do fenômeno social estudado adotamos a metodologia jurídico-teórica que se baseia em estudos filosóficos sobre determinada matéria, acentuando os aspectos conceituais ideológicos e doutrinários de determinado campo que se deseja investigar. Essa vertente relaciona-se mais diretamente com a esfera da Filosofia do Direito e com as áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos.

Constatamos que o grupo social estudado apresentava uma legítimidade do trabalho ali realizado diretamente ligado a manutenção da vida. Uma comunidade estruturada, com regras estabelecidas a partir do trabalho no lixo.

Posteriormente demos início a segunda fase da pesquisa com a realização de entrevistas com os indivíduos integrantes do vazadouro. Nesse momento

identificamos o fator que propiciaria o melhor enquadramento da doutrina sobre a divisão do trabalho como forma de harmonização e coesão social. Essa divisão de trabalho se realiza respeitando certas hierarquias provenientes do próprio cotidiano no vazadouro. Existe, por exemplo, uma hierarquia de pessoa, onde o integrante de maior tempo no lixão terá acesso preferencial ao lixo que será coletado. Pela observação dessa e de várias outras hierarquias detectadas foi possível concluir que essa divisão hierárquica do trabalho no vazadouro é o sustentáculo de todo grupo social.

Nessa etapa utilizando pesquisa comparativa através de documentários acerca de vazadouros em outras localidades, como o vídeo “Boca do lixo” que retrata a realidade de um lixão situado na cidade do Rio de Janeiro e o documentário “Ilha das Flores” demonstrado em uma proposta clara na região sul do país. Além dos vídeos, inúmeros textos, documentos, revistas, jornais e doutrinas foram utilizados para aprofundamento acerca do objetivo específico de nossa pesquisa: o de apontar de que forma a divisão hierárquica do trabalho no vazadouro produz coesão social e harmonização do grupo.

O trabalho empírico realizado utilizou também pesquisa com indivíduos externos ao fenômeno social estudado, mas que mantém relacionamento cotidiano com eles. Pessoas como o comprador do material coletado ou mesmo um padre que leva a religião àquele grupo de indivíduos. Além disso, a experiência de profissionais como a professora Mônica Barros, grande conhecedora do fenômeno social especificado, foi levado em conta.

Diante de tudo que foi constado passamos à proposição de nossa hipótese de trabalho. O intercâmbio ou parceria entre os indivíduos do vazadouro, o poder público municipal, a comunidade acadêmica e a sociedade. Nossa proposta se baseia na efetivação de direitos e no resgate da dignidade humana. Essa parceria traria benefícios tanto para a comunidade do vazadouro, com melhorias na qualidade de vida e trabalho dos integrantes, como para a sociedade externa ao lixão, fazendo uso das experiências de coesão e hierarquia do trabalho no vazadouro. À comunidade acadêmica, cabe o papel de mediador e efetivador de direitos, o que será de suma importância para

aprimoramento prático do curso. Finalmente à sociedade, orientada e auxiliada pelo poder público municipal, contribuiria sobremaneira para concretização dessa proposta, proporcionando o acondicionamento seletivo do lixo de maneira a tornar o serviço do coletor mais fácil e as condições de sua realização menos insalubres. Dessa maneira será possível a aproximação entre grupos sociais distintos e um comprometimento eficaz do poder público com a questão do lixo e das relações sociais formadas a partir dele.

## **2 DOS DIREITOS SOCIAIS**

O ordenamento jurídico de um povo é o sistema estrutural, soberano, de cunho organizacional e normativo, o qual possui a finalidade de erigir condições para que todos os indivíduos vivam em sociedade.

Assim, garantirá oportunidades ao ser humano de atingir seus anseios, recrudescendo seus bens de apreciação pecuniária ou psíquica, o que culminará no bem comum de todos aqueles que o integram, gerando a efetivação da igualdade material, da paz social e da liberdade.

Para alcançar tal objetivo, esse sistema criou o instituto da personalidade, o qual consiste na aptidão conferida aos indivíduos para que se tornem pessoas, ou seja, sujeitos de direitos e deveres. De modo que, no exercício dessa prerrogativa, possam os mesmos concretizar, em seus cotidianos, o bem individual e, conseqüentemente, como somatório destes, o bem comum.

O Estado, então, através do Direito, é erigido para que haja a realização desse objetivo. Todavia, deve haver a cooperação do povo para que ele possa atingir os seus fins.

Outrossim, há no meio humano um conjunto de situações que merecem a tutela do Direito, pois lhes são atribuídas imensa carga de valoração. E quanto mais se mostram vitais para que as relações sociais ocorram de maneira



harmônica, maior será a tenção que o ordenamento jurídico lhes dará. Pode-se dizer que a proteção à vida, a saúde e ao trabalho incluem-se nesse rol.

Tradicionalmente no direito brasileiro, o enunciado dos direitos e das garantias fundamentais vinha após a organização do Estado e a organização dos poderes. A nova Constituição altera esta posição, pois coloca os direitos e garantias fundamentais antes da Organização dos Estados e da Organização dos Poderes. Sem dúvida, com isto se quis enfatizar a importância de tais direitos e garantias fundamentais. São eles postos como básicos para o Estado brasileiro. Refletem, com efeito, a dignidade da pessoa humana que foi apontada como fundamento da República brasileira no art. 1º, III.

O estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Estas, no pensamento do séc. XVIII seriam documentos destinados a manter viva em todos a lembrança dos direitos naturais do homem. Tais direitos, frutos da própria natureza humana, seriam anteriores ao Estado, que só poderia estruturar-se pelo acordo entre os homens, seriam superiores às leis promulgadas pelo governo da comunidade que nada poderiam, validamente, contra eles, seriam irrenunciáveis e imprescritíveis, perdurando para todas as gerações em sucessão. Consequentemente, o enunciado dos direitos fundamentais traduz os limites do poder político, pois este não pode comandar senão dentro do quadro definido pelos direitos naturais do homem.

A concepção de direitos fundamentais, porém, presente na constituição em exame é diferente da concepção liberal, traduz a primeira geração dos direitos fundamentais.

O reconhecimento dos direitos naturais do homem não basta por si só para assegurar o seu respeito. Este precisa ser garantido contra a tendência ao abuso que tão freqüentemente se apossa dos governantes. Por isso a declaração de direitos se completa com o enunciado das garantias que protegerão os referido direitos, enunciado este que a Constituição formaliza.



A expressão garantias constitucionais, contudo tem várias acepções. Já Rui Barbosa distinguia um sentido amplo e um sentido restrito a propósito dessa expressão. Em sentido “*latu*”, ensinava o mestre:

[...] garantias constitucionais vêm a ser, acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos, então, garantias constitucionais no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição.<sup>1</sup>

Em sentido estrito, e neste é que a expressão interessa neste passo:

[...] garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos di-reitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana.<sup>2</sup>

Como defesa dos direitos fundamentais destacam-se certas ações judiciais – Hábeas Corpus, Mandado de Segurança - de modo que hoje em dia frequentemente se usa a expressão para designar tais ações, que servem especialmente a proteção dos referidos direitos fundamentais. São os também chamados remédios constitucionais.

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

**Dos direitos sociais e coletivos** - A Constituição em vigor reconhece como básicos cinco direitos: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança

<sup>1</sup> BARBOSA, Comentários à Constituição brasileira. v.6, p.279.

<sup>2</sup> BARBOSA, Comentários à Constituição brasileira. v.6, p.27.

e à propriedade. Todos os demais que enunciam os vários incisos do art.5º não passam de desdobramento desses cinco, que são, verdadeiramente, os direitos fundamentais.

**Igualdade** - A Constituição em vigor é extremamente preocupada com a igualdade. Basta apontar que o caput deste artigo se inicia exatamente com a afirmação do princípio de isonomia, e, não contente com isso, o constituinte ainda incluiu, entre os direitos invioláveis, o próprio direito a igualdade.

**Igualdade perante a lei** – O princípio de isonomia que a Constituição faz o primeiro desdobramento nos direitos fundamentais é de alta significação política, particularmente numa democracia. Os gregos, aliás, consideravam a igualdade perante a lei um dos elementos essenciais e caracterizadores do governo democrático. Por outro lado, a reivindicação de igualdade foi, no séc. XVIII europeu, uma das forças que mais influíram na revolução política e social que iria coroá-lo. As monarquias tradicionais, como efeito, eram socialmente baseadas numa divisão de classes juridicamente definida, da qual resultava a desigualdade de direitos e obrigações. Tal desigualdade era, na França pré-revolucionária, mal suportada especialmente pela burguesia, que não mais aceitava os privilégios da nobreza e do clero, segundo nitidamente revela os cahier de doléances preparados para os Estados Gerais de 1789. Ao lado da “liberté” e precedendo a “fraternité”, colocou a Revolução a “égalité”.

A igualdade, porém, que as Declarações do séc. XVII e as subseqüentes, inclusive a que se comenta, reconheceram é a igualdade perante a lei. A igualdade de direitos, mais precisamente, a igualdade dos direitos fundamentais e da capacidade jurídica, e não a igualdade de condição. Na verdade, o reconhecimento da igualdade jurídica postula que as desigualdades de fato decorram, exclusivamente, da diferença das aptidões pessoais, e não do sexo, da raça, do credo religioso ou das convicções políticas. Nem tolera que o trabalho, conforme o seu objeto, seja desigualmente considerado pelo direito.

---

O princípio da isonomia oferece na sua aplicação à vida, inúmeras e sérias dificuldades. De fato, conduziria a inomináveis injustiças se importasse em tratamento igual para os que se acham em desigualdade de situações. A justiça que reclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual para os desiguais. Isso impõe, em determinadas circunstâncias, um tratamento diferenciado entre os homens, exatamente para estabelecer, no plano do fundamental, a igualdade.

O imperativo do tratamento desigual dos que estão em situação desigual na medida que se desigualam impõe, por exemplo, ao legislador o estabelecimento de leis especiais, que protejam determinadas categorias. Para isso, editam-se leis destinadas a amparar os economicamente fracos, os trabalhadores e assim por diante. Ocorre, porém, que a apreciação dessas desigualdades, que devem ser compensadas ou reparadas é sujeita a critérios políticos. Desse modo, certas minorias, politicamente fortes, se avantajam, criando-se em seu benefício não apenas regras que ponham termo a uma desigualdade, mas que, muitas vezes, passam a beneficiá-las de modo a torná-las verdadeiramente privilegiadas. Está nisso, sem dúvida, um desvio. O legislador há de estabelecer tratamento desigual para situações desiguais – nisso generalizando a igualdade –, mas que beneficia desarrazoadamente determinadas categorias. E note-se – não pode diferenciar entre os homens senão de modo proporcionado às diferenças entre eles. Ou seja, o princípio de igualdade subsume um princípio de proporcionalidade, como o reconhecem os alemães.

Por outro lado, o princípio da igualdade, que, como se viu, se impõe ao próprio legislador, a “*fortiori*” obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei. Da consagração constitucional da isonomia resulta a regra hermenêutica de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale, não que discrimine.

A igualdade perante a lei não exclui, em resumo a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações. As distinções, porém, devem ser as rigorosa e estritamente necessárias, racionalmente jus-

tificadas, jamais arbitrárias. E, como exceções, têm de ser interpretadas restritivamente.

**Do direito à vida** – A tutela da vida é condição “sine qua non” para que a personalidade – que é aptidão conferida pelo Direito - seja outorgada, ao homem, pelo ordenamento jurídico, através do Estado. Sendo assim, indivíduo será investido na qualidade de pessoa, o que significa ser sujeito de direitos e deveres.

A sociedade encontra-se extremamente competitiva, influenciada por imposições do desejo exacerbado de poder. Esse anseio, na maioria das vezes, mascara-se no modo de vida imposto pelos sistemas políticos e econômicos, passando despercebido. Concretiza-se, ainda, na busca desenfreada em acumular propriedades.

Necessário se faz a busca de integração ao meio social. Perante esse mundo globalizado, onde impera o individualismo, os seres humanos encontram-se, quase sempre, desprovidos do gozo dos direitos fundamentais básicos, dentre os quais, o direito à vida e à saúde.

Todo ser dotado de vida é um indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas, é mais que isso é uma pessoa. Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais.

Importa observar que, para o ser humano desfrutar sua personalidade, mais importante que possuir a vida, é o direito de mantê-la, resguardando-a de qualquer atentado.

A partir do instante em que o ser humano possui vida, o Estado lhe concede aptidões, direitos e deveres. Surge, concomitantemente, o poder-dever do Poder Público de resguardá-los.

A vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-



se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo.

Diante do exposto, tem-se que a vida constitui a fonte primária de todos os direitos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.

O conteúdo de seu conceito envolve, assim, o direito à dignidade de pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-moral, o direito à integridade moral, e especialmente o direito à existência.

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação) vegetal, transforma-se progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser viva para ser morta.

Quanto aos desdobramentos do direito à vida, tem-se, primeiramente, o direito à existência, que consiste no direito de estar vivo, de lutar pela vida, preservando-a. Por conseguinte, o direito à integridade moral e o direito de se ver respeitado o caráter do indivíduo, ou seja, o direito à integridade de sua estrutura psicológica e seus reflexos na sociedade. Tal estrutura consiste no alicerce formado por princípios e programações de agir consigo mesmo e com os outros indivíduos, de sentir e refletir sobre si e os demais.

Enfim, tem-se o direito à dignidade da pessoa humana, que é o direito à presença de condições econômicas e morais, as quais venham proporcionar o desenvolvimento da estrutura psíquica básica dos indivíduos, para que o processo vital se desenvolva de modo favorável.

Finalmente, vale relembrar os dizeres do Papa João XXIII, sobre o que seria aquele objetivo tão desejado por toda a sociedade. “O bem comum consiste



no conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.<sup>3</sup> Afinal, imprescindível é a vida, e vital é a sua tutela.

**Do direito à saúde** – O direito à saúde consiste no direito do indivíduo em manter o estado normal de funcionamento de seu corpo e órgãos. Embora o mesmo tenha por objeto um bem extremamente relevante à vida humana, só agora, conforme observa José Afonso da Silva, tão somente com a promulgação da Constituição Federal de 88 “foi elevado à categoria fundamental do homem”.

Art.5º, XIII, CRFB- “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei esta-belecer.”

**Liberdade de trabalho** – O dispositivo em estudo consagra a liberdade de trabalho em sentido amplo, ou seja, reconhece a liberdade individual de exercer qualquer espécie de atividade socialmente útil.

Note-se, por outro lado, que, rigorosamente, inexistente a liberdade de trabalhar ou não, pois o direito brasileiro parece seguir pelo caminho já traçado por São Paulo, segundo o qual aquele que não trabalha não come. Com efeito, a Constituição de 1946, no art. 145, parágrafo único, já considerava o trabalho como uma obrigação social. Embora o texto da Constituição vigente não seja nesse ponto explícito, este parece resultar do que no art. 1º, IV. Ademais, é preciso não esquecer que o direito penal pune como contravenção a vadiagem (art. 59 da LCP).

O texto em epígrafe preocupa-se com a liberdade de escolha do trabalho. Qualquer um pode escolher a atividade socialmente útil a que se deverá empregar. Isso não significa, porém, conforme entendiam os positivistas, que qualquer um possa exercer um ofício ou profissão a seu bel-prazer, indepen-

---

<sup>3</sup> *Pacem in Terris*, encíclica, II, p. 58.

dentemente do preenchimento de qualquer condição de capacidade. Exatamente por isso a parte final do preceito em estudo é bem clara em afirmar a liberdade de trabalho, desde que preenchidas as condições de capacidade que, eventualmente, a lei estabeleça.

**Qualificações profissionais** - O texto em exame tem orientação profundamente diversa da que prevaleceu no direito anterior. Neste, admitia-se que a lei estabelecesse “condições de capacidade”, quer dizer, condições para a aferição da capacidade de um indivíduo para desempenhar uma tarefa profissional sem que disso decorresse perigo para a comunidade. O presente texto tem um sentido nitidamente corporativista.

Ele permite se exija para qualquer trabalho, ofício ou profissão um rol de qualificações, que a lei poderá estabelecer livremente. Assim, enseja o fechamento da atividade em benefício dos “qualificados”. Com isso, abre-se o campo para uma reserva de mercado em favor de determinados profissionais, em detrimento da liberdade de trabalho, mesmo sem que haja risco para a comunidade ou para os indivíduos. *Art. 5º, XXII, CRFB* – “*é garantido o direito de propriedade*”.

**A propriedade como direito fundamental** – Na Declaração de 1789, foi a propriedade o único dos direitos individuais declarados inviolável e sagrado (art.17). Do séc. XVIII há nossos dias, porém, a propriedade foi e é objeto de acerbadas críticas. Assim, enquanto muitos a defendem como garantia essencial da liberdade, outros vêem nela um instrumento de opressão que sujeita certos homens à vontade de outros. De fato, enquanto a doutrina liberal continua a ver na propriedade uma peça essencial da ordem econômica e a garantia indispensável da liberdade individual, os socialistas, especialmente os marxistas, pregam a extinção da propriedade privada como único caminho para a libertação do homem. Entre essas duas posições extremadas, situa-se a doutrina social da Igreja, que, como está adiante, muito influenciou o direito constitucional brasileiro e encara a propriedade como um direito natural, indispensável para a salvaguarda da liberdade individual. Entretanto, essa doutrina, conforme expõe muito claramente a encíclica “*Mater el*

Magistra”, associa a propriedade a uma função social, à função de servir de instrumento para a criação de bens necessários a subsistência de toda a humanidade. O direito brasileiro continua a ver a propriedade como um dos pontos fundamentais da organização econômico-social e, por que não dizê-lo, política do Brasil. Por isso, a Constituição declara a propriedade uma das bases fundamentais de todo o sistema dos direitos e garantias individuais.

**Conceito de Propriedade** – Quem se dispõe a interpretar o texto em epígrafe tem como problema inicial o de determinar o que significa nele, propriedade. A primeira inclinação é a de dar ao termo o sentido com que o toma o direito civil: direito de usar, gozar e dispor de uma coisa. Entretanto, se essa fosse a definição verdadeira, os demais direitos patrimoniais, os créditos, por exemplo, não seriam constitucionalmente protegidos, podendo ser expropriados sem indenização. Ora, isso seria absurdo, na medida em que a propriedade imóvel não é mais a única fonte de riqueza almejada e em que créditos constituem a fortuna de muitos ricos e o pecúlio de alguns pobres. Daí ser lição corrente na doutrina que, referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial. Assim, no texto em exame, a Constituição consagra o direito fundamental de não ser algum despojado de direito de seu patrimônio se justa indenização. Esse é, aliás, o entendimento pacífico da jurisprudência. *Art.5º, XXIII, CRFB – “a propriedade atenderá a sua função social”*.

**Destinação social da propriedade** – A Constituição já consagrou anteriormente a propriedade como direito individual (v. art.5º, caput e XXII). A propriedade, todavia, consagrada pela Constituição, não é da concepção absoluta, romanística, e sim propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto ora em exame que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte

longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão dos bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só. A preocupação com a função social da propriedade é que inspira a expropriação por interesse social prevista no art. 5º, XXVI. Assim como a previsão da desapropriação destinada a difusão da propriedade territorial rural erigida pelo art.184, CRFB.

Art.6º, CRFB – “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição”.

**Dos direitos Sociais** - O art.6º não esgota os direitos sociais. Se o fizesse, os direitos do trabalhador que enuncia o artigo seguinte não o seriam direitos sociais, o que é manifesto absurdo.

**Direito ao trabalho** – Não se confunde o direito ao trabalho com os direitos do trabalhador. O direito ao trabalho é o de encontrar atividade produtiva remunerada. O de não ficar desempregado, portanto, sem meios de ganhar lícitamente a vida. Não se confunde igualmente o direito ao trabalho com a liberdade de trabalho, ou seja, com a liberdade de escolher atividade produtiva a que se dedicar, que é vista tradicionalmente como a liberdade de empreender atividade econômica.

O direito ao trabalho é resposta à gravíssima questão social do desemprego. Esta não data do capitalismo, mas se tornou talvez mais aguda em razão deste e, sobretudo, da urbanização a ele vinculada. Realmente, esta faz visível o drama da massa desempregada, além de potencializar as suas explosões de descontentamento.

Já a Revolução Francesa, em período de franco predomínio do ideário liberal, se preocupou com a obtenção de trabalho para todos. Se a Constituição de 1791 não chegou a firmar um direito ao trabalho, previu o Título I – “Disposições Fundamentais” – que seria criada uma “assistência pública”



(um établissement général de secours publics), com a finalidade de, afora atender às crianças abandonadas e aos velhos e infirmes, “fornecer trabalho aos pobres, inválidos, que não teriam podido obtê-lo. A mesma orientação está na Constituição de 1793(art. 21)”.

Na Constituição francesa de 1848, o tema voltou no Preâmbulo (VIII), sendo que o art. 13 expressamente cuidou de anunciar “o estabelecimento pelo Estado, pelos departamentos e pelas comunas de trabalhos públicos, adequados para empregar os braços desocupados”.

No direito brasileiro, o direito ao trabalho aparece na Constituição de 1934(art.113, n.4). A de 1937 não só reconhece o direito ao trabalho, mas o “dever social” do trabalho. O texto de 1946 também assegura esse direito que vincula a uma “obrigação social” (art.145, parágrafo único). Nenhuma dessas Constituições, porém, tirou desse direito a devida conclusão: se há um direito ao trabalho deve haver quem tenha a obrigação de prestar ocasião de trabalho. Sem esta obrigação o direito ao trabalho é vazio.

A Constituição de 1967 não menciona o direito ao trabalho (ênfatisa a “valorização do trabalho” que põe como “condição da dignidade humana” – art.157). Ela, todavia, prevê o “seguro desemprego”, que bem ou mal supre a oportunidade de trabalho (art.158, XVI). A Emenda n.1/69 segue o mesmo caminho (arts. 160, II, e 165, XVI).

**Lazer** – este direito não constava das Constituições brasileiras anteriores. Não se tem notícia de que conste de Constituições estrangeiras.

Consiste no direito de usar o tempo, não dedicado ao trabalho para o prazer do espírito ou do corpo. Distingue-se do direito ao descanso, ou repouso, que envolve apenas a recuperação de forças despendidas.

**Segurança** - Não se trata aqui da “sûreté” que a Declaração de 1789 (art.2º) considera um dos direitos fundamentais e imprescritíveis do homem. Esta, que Montesquieu descrevia como “o não temer qualquer cidadão de outro

---



cidadão”<sup>4</sup> não é expressamente mencionada no art.5º, mas é no fundo, o objetivo de várias de suas normas.

Segurança está aqui pelo que a Constituição adiante denomina “seguridade”. Art. 7º. CRFB – “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social (...)”.

**Direitos dos Trabalhadores** – Foi a Constituição de 1934, no art.121, a primeira que se preocupou em enunciar direitos particulares do trabalhador e com isso dar-lhe a dignidade constitucional. Nisto não só a Constituição de 1934 marcava sua filiação à orientação conhecida como a da “racionalidade do poder”, mas também se vinculava à concepção da democracia não apenas como uma técnica de seleção política e sim igualmente como um sistema econômico e social. Filiava-se, por isso, à linha marcada pela constituição alemã, de 11 de agosto de 1919, a celeberrima a Constituição de Weimar.

A mesma orientação qual seja a de consagrar no texto constitucional os efeitos fundamentais da legislação trabalhista, foi mantida na Constituição de 1937 (art.137) e na de 1946 (art. 157). Na anterior, era ela, por outro lado uma decorrência da valorização do trabalho humano a que fazia referência o art. 160, II.

A Constituição vigente, como se verá, procurou ampliar os direitos de proteção ao trabalhador. Fez questão, outrossim, de apontar que os direitos enumerados são atribuídos aos trabalhadores tanto urbanos como rurais.

A classe trabalhadora é de todas, a classe mais necessitada de proteção do Estado. Sua inferioridade econômica enseja um campo fértil para explorações políticas. Abre-se com isso, o campo para a luta de classes. Por outro lado, essa inferioridade econômica repercute no plano social e conseqüentemente no plano político. Com efeito, a pobreza dificulta o acesso a instrução, e sem instrução torna-se extremamente duvidoso que uma classe possa bem

---

<sup>4</sup> MONTESQUIEU. *De L'esprit des lois*, Livro 11, Cap. 6.

se utilizar dos mecanismos políticos como o voto. Assim, a consagração no texto constitucional dos direitos do trabalhador tem uma importância muito grande, que pode ser até certo ponto comparável à do reconhecimento dos direitos e das garantias de todos os indivíduos. São esses direitos do trabalhador condição indispensável para o seu desenvolvimento, para a expansão de sua personalidade e para que todos possam, realmente, ascender aos benefícios da civilização e usufruir as vantagens de um regime democrático.

**Enumeração exemplificativa** - É bem claro no texto constitucional que a enumeração dos direitos do trabalhador contida nos diferentes itens deste artigo é meramente exemplificativa. Realmente, o texto exclui totalmente a taxatividade. Nada obsta, portanto, que outros direitos lhe sejam concedidos, para conduzi-lo à melhoria de condição social.

Art.23, CRFB – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX – promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

X – combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

**Moradia e Saneamento Básico** – vale recordar que, por força do art. 21, XX. Compete à União “estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Também cabe à União estabelecer a política de “habitação para o trabalhador rural”.

**Combate a Pobreza e a Marginalização** – Nada havia de comparável no direito constitucional anterior. A norma em estudo habilita União, Estados, Distrito federal e Municípios, cada um na sua esfera de poder e de acordo com a repartição de competências que estabelece a Constituição, a promover a integração dos desfavorecidos, combatendo ao mesmo tempo as causas da pobreza e da marginalização.

### 3 UMA VISÃO DOUTRINÁRIA DO PROBLEMA SOCIAL

Direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos. Direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais.

Desta forma proporciona o efetivo exercício da liberdade, à medida que cria condições materiais, mais propícios ao auferimento da igualdade real.

José Afonso da Silva agrupa os direitos sociais em classes. Direitos Sociais relativos ao trabalhador, direitos sociais relativos à seguridade, direitos sociais relativos à educação e à cultura, direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso e direitos sociais relativos ao meio ambiente.

A constituição federal de 1988 trouxe em seu título II, os direitos e garantias fundamentais, subdivididos em 05 capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Dos dois primeiros (direitos individuais e coletivos e direitos sociais) por sua efetiva aplicação dentro da sociedade contemporânea todos os outros direitos deles decorrerão.

Direitos individuais e coletivos são aqueles diretamente ligados ao conceito de pessoa humana ligados e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, liberdade.

Direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas de observação obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático.

A doutrina moderna apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais

de primeira segunda e terceira gerações<sup>5</sup>. Os de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas). Referindo-se aos chamados direitos fundamentais de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século. Como direitos fundamentais de terceira geração são modernamente conhecidos, os direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz e a outros direitos difusos.

A fórmula de que “todos são iguais perante a lei”, significa um decisivo avanço histórico decorrente das modernas Declarações de Direitos do final do século XVIII. Neste período os direitos humanos se reduziram aos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade.

Não ora previsto qualquer direito de natureza social e nem se pensava no valor da igualdade. Norberto Bobbio (1992) afirma que:

[...] essa universalização (ou indiscrição, ou não-discriminação) na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais e nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente.

Torna-se assim necessário repensar o valor da igualdade e para que as diferenças sejam observadas e respeitadas. Vale dizer, entretanto, que para garantir e assegurar a igualdade, não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão dos grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

Em última análise, a democracia significa igualdade e o direito a ela é tarefa essencial a qualquer projeto democrático. O direito à igualdade pressupõe

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.70.

o direito à diferença, inspirado na crença de que somos iguais, mas diferentes, e diferentes, mas, sobretudo iguais.

Percebemos, entretanto, que mesmo positivados, todos esses direitos e garantias fundamentais, não são observados nem respeitados. Tanto pelo poder público quanto pela grande maioria da sociedade civil que se mantém alheia ao problema. A despeito disto a “sociedade do lixo” se mantém e possui determinadas “regras” para que a convivência seja possível. Mesmo excluídos do meio social possuem noção bastante de dignidade humana e de respeito ao próximo como indivíduo. Fato que comprova serem tais direitos inerentes à própria essência do homem.

#### 4 ESTUDO SOCIOLÓGICO-FILOSÓFICO DO VAZADOURO

A pesquisa tem como ponto norteador “A Divisão do Trabalho como Forma de Coesão e Harmonização Social”.<sup>6</sup> Tentaremos a partir dela, entender de que maneira, uma sociedade desprovida de direitos fundamentais, vivendo em condições subumanas e sem o mínimo para garantir sua dignidade pode manter-se organizada e em harmonia com outras sociedades e o ordenamento jurídico vigente.

A idéia de inclusão social do indivíduo e a colocação da consciência coletiva acima da consciência individual trabalhada por Durkheim, será utilizada dentro de nossa análise no intuito de compreender melhor o fenômeno social estudado.

O Contrato Social de J. J. Rousseau também será utilizado e suas análises

---

<sup>6</sup> O trabalho de Karl Marx e Max Weber serão utilizados tanto como fonte de pesquisa como também os textos trabalhados com o Professor Adilson de Peter Herberle - “Hermenêutica Constitucional” e “O Lugar dos Direitos na Moralidade Política” - Álvaro de Vita.

A divisão do trabalho, segundo Durkheim, produtora de solidariedade e o fenômeno social estudado: organização social, política e econômica da “sociedade do lixo”, possuem estreitas relações. Diante desta constatação ficou mais fácil a compreensão do fenômeno social estudado e a partir daí nos foi possível formular uma tese acerca desta percepção.



levadas em conta a cada passo do trabalho.

Adotaremos também dentro da obra de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, a noção de Direitos Humanos Fundamentais e por ela nos orientaremos no intuito de detectar com exatidão quais direitos são fundamentais para o indivíduo, tendo sempre como princípio basilar à dignidade da pessoa humana.

Apesar de viverem em condições subumanas, os integrantes da “sociedade do lixo” possuem regras de conduta estabelecidas e procuram viver de maneira harmoniosa com as demais sociedades, inclusive respeitando o ordenamento jurídico vigente e as instituições como a igreja, a escola, etc.

O fato de não estarem sendo assistidos pela Constituição, nem pelas instituições, poderia gerar uma ruptura entre esses indivíduos e a sociedade. Durkheim<sup>7</sup>, explicará que a divisão do trabalho mesmo na esfera dos “recicladores do lixo” (termo utilizado por M.H.P, integrante da sociedade do lixo), produzirá solidariedade, que de acordo com o autor é base para formação e organização de toda e qualquer sociedade.

A divisão do trabalho produz solidariedade quando o potencial econômico não é mais fator preponderante para a delimitação das bases de relacionamento do grupo social. Essa relação se baseará na solidariedade entre os indivíduos que se organizarão dentro de um ideal moral único.

Caso a divisão do trabalho não produza esta solidariedade estaremos diante do que Durkheim denomina “anomia social”, onde o indivíduo perde seus referenciais de conduta, de relacionamento, ou seja, de vida.

A teoria Durkheimiana foi parcialmente comprovada quando dos primeiros contatos com os integrantes da “sociedade do lixo” onde os próprios indivíduos afirmam existir ali um código de conduta entre eles e entre as pessoas externas a sua comunidade. Deve existir respeito entre os trabalhadores. O

7 DURKHEIM, E. *Division du travail anémique in de la division du travail social*. 7.ed. Paris: PUF, 1960, Livro 3, cap 1., p. 359-365.

local de trabalho de um, por exemplo, não poderá ser invadido por outro. Organizaram-se também para que, no momento da venda dos produtos recicláveis, como papel, lata, etc., não possa haver por parte de quem compra relação de vantagem sobre um indivíduo mais necessitado. É o trabalho, mesmo em condições precárias, garantindo a solidariedade entre os indivíduos e organizando as relações dentro da "sociedade do lixo" e fora dela, propiciando convivência harmônica com as demais sociedades e o respeito às instituições.

Sem dúvida, a solidariedade não pode jamais existir entre outrem e nós a não ser que a imagem deste outrem se unia à nossa. Mas quando a união resulta da semelhança de duas imagens, ela consiste numa aglutinação. As duas representações se tornam solidárias, no todo ou em parte, porque se confundem e formam uma coisa só, e elas são solidárias na medida em que se confundem. No caso da divisão do trabalho, ao contrário, elas são estranhas uma da outra e só se unem porque são distintas. Os sentimentos não poderiam ser, portanto os mesmos nos dois casos, nem as relações sociais que delas derivam.<sup>8</sup>

A sujeição disciplinar idealizada por Foucault revelado dentro do fenômeno social da "sociedade do lixo". Em suas análises, ele aponta o poder dos aparelhos estatais sobre os indivíduos e outras formas de poder que, de acordo com o autor, não seriam fixos ou constantes na mão de determinadas pessoas. As relações de poder (dentre elas as técnicas de dominação) atuariam em vários níveis fazendo, às vezes, com que o próprio indivíduo aja como seu controlador.

Foucault afirma que o poder não é essencialmente repressivo; não é algo que se possua, mas que se exerça e que atinge tanto dominados quanto dominantes. Sua teoria é de fácil constatação frente à "sociedade do lixo" que apresenta em seus seguimentos várias formas de manifestação de poder.

O grupo social estudado apresenta como característica predominante receio

---

<sup>8</sup> DURKHEIM, E. *Op. cit.*

de repressão social a seu trabalho. A legitimidade de seu papel na “sociedade do lixo” está diretamente ligada a manutenção da vida e, de certa forma, imune a opinião de pessoas alheias a sua condição social desfavorável. Mas, quando o relacionamento com grupos distintos àquela sociedade se torna imprescindível, a legitimidade do trabalho de quem sobrevive do lixo é questionada a ponto de ser necessário afirmar continuamente que este foi o único caminho encontrado para a manutenção da própria vida. Está caracterizado aí a “sujeição disciplinar” a qual Foucault se referia em sua obra onde o indivíduo toma como escolha própria o que lhe é posto como única alternativa de vida.

Na obra de Michael Foucault “Microfísica do Poder”, as relações de dominação as quais os indivíduos estão submetidos cotidianamente são evidenciadas. As técnicas de sujeição têm por finalidade última criar indivíduos que aceitem como escolha própria a situação desfavorável em que se encontram. O método assegura uma disciplina constante e impõe à pessoa uma relação de docilidade-utilidade.<sup>9</sup>

Na “sociedade do lixo” as manifestações de poder são freqüentes. O indivíduo diretamente ligado à coleta do material que será vendido à pessoa alheia, à comunidade, se encontra em uma posição hierárquica privilegiada dentro do grupo.

O preço que será estabelecido pelo produto do lixo, a maneira de armazenamento, a especificidade do material e em última instância, a forma como se processará o acesso ao lixo, será delimitado pelo indivíduo que diretamente negocia com a empresa ou pessoa externa à “sociedade do lixo”.

Essa situação de evidente hierarquia dentro da sociedade propicia um sentimento de poder em dois prismas diferentes: de um lado, o indivíduo que sofre a dominação por necessitar ser representado na negociação por um dos

---

<sup>9</sup> “[...] ela é uma técnica, um dispositivo, um mecanismo, um instrumento de poder. São métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que asseguram a sujeição constante de suas forças e lhe impõe uma relação de docilidade - utilidade”. (FOUCAULT, 1979, p. 17 e 23).

integrantes da comunidade e sujeitar-se às condições estabelecidas diretamente por essa negociação; por outro lado o indivíduo que domina na medida em que, se valendo da situação estabelecida, traz para si condições de privilégio pela intermediação entre o contador e os integrantes da sociedade. É bem verdade, como aponta com grande pertinência Foucault, as manifestações de poder não são fixas, não pertencem a uma pessoa. Pelo contrário afetam tanto dominantes como dominados.

Essa realidade é comprovada dentro do fenômeno social estudado pela relação de interdependência estabelecida entre a “sociedade do lixo”, seu representante - negociador e o comprador externo à comunidade.

Se a negociação intermediada pelo representante da comunidade gerar prejuízo para a mesma a ponto de inviabilizar o negócio, as pessoas que trabalham no local e encontram no lixo uma alternativa para manutenção de suas vidas, desistiriam da atividade por não lhes proporcionar mais o intuito. Portanto a sujeição à qual os indivíduos suportam, atuam e afetam pessoas diferentes.

A dominação apresentada por Foucault como disciplina que se constituiria de um conjunto múltiplo de técnicas, procedimentos e métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade com o objetivo último de fabricar indivíduos ao mesmo tempo mais aptos e mais submissos que se enquadram perfeitamente no perfil do integrante da “sociedade do lixo” que, mesmo trabalhando em condições precárias, apartado de seus direitos e tendo inobservado sua dignidade, acredita ter o poder de escolha e por escolha própria se encontrar em tal situação desfavorável.

Por acreditar possuir o poder de escolha, a convivência harmoniosa com a sociedade “normal e legal” se torna possível. O respeito às instituições e ao ordenamento jurídico, a direitos expressos em uma Constituição que, mesmo não lhes assistindo de maneira satisfatória (não assegurando, por exemplo, a dignidade humana, princípio norteador da Constituição em um Estado



Democrático de Direito), reportam-se a eles, como se estivessem garantidos no dia-a-dia de quem sobrevive das sobras dos outros.

A idéia de contrato social idealizada por Rousseau foi utilizada como fonte de pesquisa. Essa idéia se baseia no indivíduo impelido por forças internas e externas.

Essa rede de forças, imperceptível pelo indivíduo, irão propiciar a harmonia social fazendo com que este indivíduo não provoque uma ruptura com a sociedade e sujeite-se à situação estabelecida, mesmo que desfavorável. É a escravidão necessária defendida por Rousseau e Durkheim para evitar a denominada “anomia social”.

Em seus estudos acerca dos fenômenos sociais, Durkheim aponta a necessidade para se assegurar a harmonia social e o respeito às instituições, de se colocar a consciência coletiva acima da consciência individual.

Em linhas gerais, o autor coloca como preferências as necessidades do grupo social ao qual o indivíduo está inserido mesmo que essa escolha possa trazer prejuízo para a individualidade humana. Essa “sujeição” seria de tal forma vital que, sua inobservância levaria a um estágio denominado por ele de “anomia social”, onde o indivíduo perderia seus referenciais de convívio em grupo se tornando um ser anti-social.

Os indivíduos dos vazadouros têm para surpresa, inclusive nossa, noção de seus direitos. Direitos esses, que não vêm lhes sendo assegurados em seu dia-a-dia. Essa constatação poderia levar o indivíduo a uma postura de rebel- dia frente ao Estado e suas instituições e frente aos indivíduos titulares de direitos “assegurados e efetivados” na sociedade.

Isto não ocorre justamente pela consciência que o integrante daquele grupo social desprestigiado tem da necessidade de convivência harmoniosa entre a “sociedade marginal” e a sociedade de fato. A consciência que a ruptura das relações entre indivíduos de sociedades distintas levaria ao caos social é



integrada no indivíduo não só por fatores externos à sua pessoa, como também pela consciência interna, que o induz ou disciplina à sujeição.

A superposição das ideologias do grupo encontra racionalidade ainda maior quando o fim desejado é o da manutenção da vida. Os trabalhadores do lixão encontram no lixo uma alternativa de vida onde o que é inutilizado por alguns e considerado descartável serve de base para vida de outros, inclusive proporcionando-lhes fonte de alimentação. Diante de uma realidade tão dura é difícil acreditar se poder modificá-la, é mais fácil assumir ter se contribuído para que aquela situação se instalasse. Em contato com os integrantes da “sociedade do lixo”, o que se pode constatar é que a maioria afirma ser culpa sua a realidade social a que se encontra, seja por falta de estrutura familiar que pudesse proporcionar condições melhores de inserção social, principalmente no campo de trabalho, seja por falta de esforço próprio, que lhe permitisse romper com a realidade desfavorável estabelecida, o que Durkheim afirma ser, sim, possível.

A colocação da consciência coletiva acima da consciência individual trabalha com afinidade com “O Contrato Social” de J. J. Rousseau que aponta dentro da obra as “verdades” e os caminhos que o indivíduo deverá percorrer em sua vida, desde seu nascimento à sua morte. Nesse ponto a obra de Durkheim, Foucault e Rousseau se confundem ao afirmar o papel definido do indivíduo perante a sociedade e a si mesmo. Que o homem é um ser social não se pode negar. E que essa convivência harmônica em sociedade requer papéis delimitados baseados muitas vezes em sujeições multivariáveis é, da mesma forma, impossível de se negar. A submissão do indivíduo às normas, às instituições ou mesmo a outros indivíduos será condição “sine qua non” para a garantia da harmonia social.

O indivíduo da “sociedade do lixo” se coloca na posição de submisso às leis, por exemplo, para não romper de forma definitiva com a sociedade. Possuir esse intercâmbio é imprescindível para não se perder os conceitos de legalidade, dignidade e liberdade que parecem tão apartados da sociedade social, de quem retira do lixo sua subsistência. O próprio código de conduta exis-

tente entre os indivíduos daquela comunidade é forma de manterem-se ligados, mesmo que indiretamente, à “sociedade legal”.

Em nossos trabalhos iniciais, nos defrontamos com uma realidade social chocante, que é desconhecida pela maioria das pessoas. Os indivíduos que ali se encontram procuram, a todo momento, afirmar estarem dispostos a mudar. Não se percebe revolta, pelo contrário, se percebe a vergonha de não terem conseguido se enquadrar nas metas da “sociedade legal”. O indivíduo é levado a pensar ter contribuído para a instalação daquela realidade: o contrato social ao qual todos estão inseridos mesmo que não percebam. É a consciência da coletividade acima do interesse individual com base na garantia de convivência harmônica entre os indivíduos da sociedade, mesmo que essa convivência seja desigual.

A obra de J. J. Rousseau traz consigo a idéia de contrato social ao qual todos os indivíduos estariam inseridos desde seu nascimento até sua morte. Um contrato onde suas regras seriam introduzidas na consciência do indivíduo contratante que permaneceria e agiria dentro apenas da esfera do contrato. Contrato esse, que não poderia ser rescindido em momento algum com a consequência de se inviabilizar o próprio negócio, ou seja, a vida em sociedade.

As ordenações e sanções contidas no contrato social seriam estabelecidas pelos próprios contratantes tornando sua quebra impossível. Um contrato bilateral onde de um lado se encontraria o indivíduo que deseja realizar o negócio e para tal ingressar no contrato e de outro a sociedade como um todo, que deseja a realização do contrato para efetivação do negócio que garanta benefícios de ambas as partes.

Na relação entre “sociedade do lixo” e entidades externas a noção de contrato social fica clara e contundente. O indivíduo não rompe o relacionamento com outros grupos. Ao contrário procura assegurá-los para manutenção de sua própria sociedade. O que é coletado no lixo, por exemplo, tem o intuito de ser vendido e assegurar recursos para manutenção dos indivíduos que ali

trabalham.

Essa prática só pode ser efetivada com relacionamento com indivíduos externos àquela comunidade que utilizaram o produto coletado como matéria-prima para sua atividade. Em nossa visita ao vazadouro, podemos presenciar a negociação realizada entre os trabalhadores do lixão e um representante de uma fábrica de vassouras que utilizava o plástico coletado pelos catadores como matéria-prima de sua produção. A negociação se concretizou num clima de cordialidade tanto por parte da comunidade do lixão, como pelo comprador do material reciclável. Essa relação de interdependência entre grupos sociais distintos comprova de maneira satisfatória a instalação do contrato social idealizado por Rousseau.

Os indivíduos sabem, e isso está introjetado na sua consciência, desde criança que a única forma de conseguirem satisfazer mutuamente seus objetivos, é assegurar que as regras do contrato social não sejam inobservadas.<sup>10</sup>

## **5 O PARADIGMA INTERNO DO VAZADOURO TENDO COMO BASE A SOCIEDADE EXTERNA**

As relações existentes entre as pessoas que retiram do lixo sua subsistência e suas relações com os diversos grupos ali existentes e dos grupos entre si demonstram que a obra Durkheimiana adotada como ponto norteador deste trabalho mostra de maneira clara que a solidariedade como produtora de harmonização e coesão social provem da divisão do trabalho. A solidariedade orgânica citada na obra de Durkheim é clara no fenômeno social observado. Pessoas desprovidas de todos os direitos mantém estrita relação entre si, partindo da divisão do trabalho. Essa solidariedade surge no momento em

---

<sup>10</sup> Vive num estado de "agregação" onde cada um pensa primeiro em si mesmo, luta afim de se fazer reconhecer e dominar. Para sobreviver é preciso fazer-se aceitar, submeter-se ou impor-se, portanto preocupar-se com a opinião dos outros. Esta é a pior escravidão: precisamos dissimular o que somos, parecer o que não somos. O homem natural se destrói sem se realizar, um eu fictício vai formando-se aos poucos e substitui nosso verdadeiro eu. Todos ficam divididos e infelizes, e acabam se acomodando com seus grilhões. (ROUSSEAU, 1996, p. 12 e 13).

que esse grupo a partir do trabalho manual de separação, reunidas em volta de um amontoado de toneladas de lixo sujeito a toda sorte de doenças e infecções, vai catando, separando o que lhes interessa e fazem desse amontoado de lixo, vários outros montes individuais. O que antes era uma montanha de um só produto (lixo), agora são vários montes e vários produtos diferentes. Essa partilha se dá através da divisão do trabalho.

Essa divisão de trabalho como produtora de harmonização e coesão social, entretanto, não se atém tão somente a uma simples divisão de trabalho. Para que ela produza a harmonização e coesão social, observamos que existe uma hierarquização dessa divisão.

Existe uma hierarquia entre as pessoas, em que a mais antiga no lixão tem preferência em coletar determinados materiais. Através das observações e das entrevistas realizadas “in loco”, percebe-se claramente que o grupo mais antigo naquele local (todos acima de 8 anos) e que está localizado numa posição estratégica, ou seja, na entrada do vazadouro. Por ali passam os caminhões que trazem o lixo e com a experiência que já possuem sabem que material vem. Sendo uma mercadoria preferencial, eles, os mais antigos, sobem no caminhão e vão até o local onde o lixo é despejo. No local eles reservam os espaços em torno do monte do lixo para os demais colegas do grupo. Após feita a seleção das melhores coisas eles “liberam” para que os demais que reviram o monte.

Um outro dado interessante observado neste fenômeno e que está intimamente ligado aos privilégios tido pelos mais antigos refere-se à hierarquia material. Os privilégios que alguns alcançam naquele grupo social e que outros também buscam são com o intuito de coletar um melhor material. A essa diferenciação entre os materiais, classificamos como uma hierarquia entre materiais. Todas as pessoas que prestaram informações acerca deste material dizem, mesmo que discretamente, da preferência por um ou por outro. Como por exemplo “o verdurão”, como é conhecido o caminhão que traz sobras de verduras, frutas, legumes e outros produtos orgânicos “próprios para o consumo”. Dos outros caminhões dá-se preferência pelo cobre,

---



alumínio e “pet” como são conhecidas as embalagens plásticas de refrigerante.

Nota-se que numa hierarquia material o preferencial são os alimentos pela própria condição subumana em que estão sujeitos aqueles indivíduos. Os outros são pelo valor comercial com valores proporcionais à sua “nobreza”.

Uma terceira observação mostrou-nos que existe uma hierarquia de relacionamento, ou seja, certas pessoas que pertencem ao lixão possuem certos privilégios porque detêm o canal de comercialização dos produtos separados. Elas estão hierarquicamente no topo daquele grupo social, pois já são tão ativas no lixão que já nem mais catam. Simplesmente coordenam o comércio local e possuem certa porcentagem do que é comercializado ali. Possuem crédito com o comprador e detêm respeito com os moradores do lixão.

Quanto ao comprador, este é considerado por todos como um “pai”. Possui a noção que ele é uma dádiva de Deus naquele local. Acreditam que devem favores impagáveis e que sua saída será o fim de todos. De um grupo de aproximadamente duzentos e cinquenta pessoas somente duas ou três pessoas não vendem para ele. Numa pirâmide hierárquica, dentro daquele contexto social, o comprador está na ponta.

Essas conclusões foram obtidas a partir de incursões àquele local. Foram feitas várias observações em vários dias e com entrevistas. Isso nos propiciou perceber que esta divisão hierarquizada do trabalho cria coesão e harmonização social. Percebemos também que as hierarquias são diferentes como a do material, de pessoas, de relacionamento entre outras. A partir destas hierarquias surgem grupos privilegiados dentro daquela pequena sociedade. Há o grupo dos mais antigos que possuem também posição estratégica para morar. Há os intermediários com o tempo entre cinco e dez anos de lixão e há os novatos, que coletam do lixo já mexido pelos outros.

Feita as observações e tiradas as conclusões não se deve esquecer que apesar de estarem coesos e solidários socialmente continuam afastados de seus

direitos fundamentais e sua própria dignidade humana. É inadmissível que uma parcela representativa da sociedade esteja esquecida e relegada a toda sorte de horrores.

Como é que nós chegamos a essas amnésias, a essa memória lacônica, a esse esquecimento do presente? O que aconteceu para que hoje grassasse tanta impotência de uns, tanta dominação de outros? Tanta aquiescência de todos para uma como para a outra? Tanto hiato? Nenhuma luta, a não ser aquela que reivindica sempre mais espaço para uma economia de mercado, se não triunfante, pelo menos onipotente, que certamente tem sua lógica, mas à qual não se confronta nenhuma outra lógica. Todos parecem participar do mesmo campo, considerar o estado atual das coisas seu estado natural, como o ponto exato onde a história nos esperaria.<sup>11</sup>

Não se pode aceitar que o poder público e a própria sociedade civil, que conhecem o problema, não tome uma atitude que se não resolva a situação pelo menos a amenize.

## 6 A HIERARQUIA E A SOLIDARIEDADE COMO FORMAS DE COESÃO E HARMONIZAÇÃO SOCIAL

As estruturas hierárquicas nas sociedades modernas são facilmente verificadas, principalmente onde um ordenamento jurídico é evidenciado perante as relações humanas cotidianas. Mas, referir-se a hierarquias onde a noção de sociedade parte da coesão social proveniente da divisão do trabalho em um “lixão” é, no mínimo, incomum.

Durkheim, em sua obra “De La Division du Travail Social” apresenta a coesão social oriunda da solidariedade orgânica como fundamento da divisão hierárquica do trabalho no grupo social. Para o autor a especializa-

---

<sup>11</sup> FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Ed. Universidade Estadual Paulista, 1997. p 22.

ção em qualquer forma de divisão de trabalho produziria uma consciência capaz de criar e suportar a coesão social. Esse papel específico de cada integrante do grupo seria de tal sorte essencial que, para um perfeito funcionamento das estruturas sociais todos deveriam realizar suas tarefas em uma perfeita harmonia em prol de um todo orgânico. Em certo ponto de sua obra, para melhor exemplificar o papel dessas estruturas, o autor compara a divisão e a especificação do trabalho ao sistema nervoso. Sendo que, este último tem a tarefa de regular as diferentes funções do corpo de maneira a fazê-las fluir harmonicamente. Ele exprime, assim naturalmente o estado de concentração que o organismo alcançou em consequência da divisão do trabalho fisiológico. Já a especialização do trabalho no grupo social funciona como uma ponte para uma outra fase específica do trabalho. Rompida esta ponte, toda realização do projeto torna-se inviável, uma vez que por mais específico que seja o trabalho, tem por objetivo final a conclusão da obra, ou seja, o todo. Analisando a pesquisa “in loco”, essa teoria se torna de fácil constatação. No vazadouro, cada função é de vital importância na realização do objetivo comum, propiciar subsistência aos indivíduos daquele grupo.

Desde aquele que faz a seleção do material coletado ao que proporciona o canal de comercialização dos produtos deve haver uma perfeita harmonia.

Se todos se enveredarem em uma mesma atividade no grupo, por exemplo, a venda de material coletado, não haverá quem selecione o lixo e automaticamente tornar-se-ia inviável todo o sistema.

## 7 A NORMA E A SOCIEDADE

Para haver coesão social é indispensável se orientar por normas e essas por sua vez representar não só o interesse do grupo como a evolução da sociedade que preconiza. Nesse ponto, o ordenamento jurídico orientará a conduta de todos os indivíduos, traçando o norte, uma conduta padrão que, uma vez realizada não proporcione conflito entre os indivíduos de um mesmo grupo social. Esse norte será dividido por duas vertentes necessárias,

direitos e deveres. O limite da conduta que deve ser seguida encontra no direito suas diretrizes básicas que enquadrarão caso concreto e norma vigente. A questão que veio à tona na pesquisa intitulada “A Realidade Social dos Vazadouros” é: Será possível haver respeito ao ordenamento jurídico vigente tendo-se como base uma sociedade formada a partir da divisão do trabalho no lixo?

A pesquisa demonstrou regras próprias do fenômeno social estabelecidas pela própria divisão do trabalho e orientadas pelas hierarquias contidas no grupo. As normas existentes no grupo social estudado são fontes eficazes de manutenção da coesão e harmonização do grupo pelo papel específico que cada indivíduo tem no sistema. Além disso, a estrutura montada dentro do vazadouro leva a um intercâmbio necessário entre a “sociedade legal”, com normas estabelecidas por um ordenamento jurídico e com direitos e deveres positivados e assegurados, e a “sociedade de fato”, oriundas do fenômeno social estudado, com regras postas pela divisão hierárquica do trabalho. Desde a comercialização dos produtos coletados à aquisição de novos produtos pelos integrantes do vazadouro servirão de alicerce para a relação harmônica entre grupos sociais distintos e o respeito a um ordenamento jurídico, mesmo sem ser por ele tutelado.

## **8 UM PARADOXO ENTRE A PRODUÇÃO PARA O CONSUMO E O PRÓPRIO CONSUMO**

Desde o surgimento da humanidade, o homem procura além de produzir o suficiente para a sobrevivência, conseguir um excedente que lhe dê conforto e segurança.

Quando o homem das cavernas caçava e guardava parte da caça, procurava com isso, a comodidade de não ter que sair no outro dia. Já os índios, além da caça e pesca, sentiram a necessidade de plantar, buscando dessa forma uma melhor qualidade de vida.

---



Em tempos mais recentes, o homem sentiu que era preciso além de produzir, trocar seus produtos e circular suas mercadorias. Isso inicialmente se deu através das trocas diretas entre os interessados. Mais adiante se criou um meio eficaz para que a circulação fosse mais rápida. Nasceu a moeda.

De uma produção inicial em busca da sobrevivência, o homem chegou ao patamar de produção e venda do excedente. Esse excedente como forma de lucro torna-se então o desejo de comodidade outrora desejado pelo homem. Essa produção desenfreada, entretanto, surge como um furacão devastador da sociedade moderna, no que tange ao desemprego e a conseqüente desigualdade social na medida em que o consumo não acompanha a produção. Como se não bastasse, o capitalismo produz supérflua e desqualificadamente, não tendo o devido controle dos órgãos públicos para que produzissem, por exemplo embalagens de mais fácil degradação, gerando dessarte um infinito de materiais não degradáveis pela natureza e incontáveis vazadouros. A exclusão e a desigualdade social levam certos grupos de pessoas a tirarem sua sobrevivência desses “restos”. Materiais que são desprezados, considerados impróprios para o consumo, por determinados grupos são fonte de vida para outros.

A “sociedade do lixo”, inconscientemente, encontra-se na mesma situação dos primitivos, buscando na “natureza” a forma de saciar a fome em seu dia a dia. Essa natureza, no entanto, é bastante diferente daquela. Trata-se de uma natureza morta, fétida e desprezada pela sociedade legal.

### **8.1 Uma Nova Visão de Harmonização Social**

Outra forma de manutenção do grupo social proveniente do “lixão”, senão aquela da divisão hierárquica do trabalho, é a subsistência retirada dos dejetos jogados no vazadouro.

Inicialmente todos os moradores do local estudado, confirmaram que retiram dali o dinheiro para sua sobrevivência e de sua família. Isso através da venda de materiais recicláveis e coletados nos vazadouros, e só então, compram no

comércio local o necessário para manutenção. As incursões, entretanto, feitas no vazadouro provaram que a subsistência é feita de duas formas: uma parte da alimentação adquirida para as famílias é arrecadada diretamente do “lixão”, quando determinadas matérias são ali despejadas. Como, por exemplo, alimentos com data de validade vencida, frutas e verduras impróprias para venda e até mesmo para o consumo, são por eles selecionados e levados para suas residências para reaproveitamento. Esses materiais são, dentro das hierarquias existentes no vazadouro, de alta preferência. São hierarquicamente superiores a muitos outros dentro do sistema social estudado. Isso se dá pelo fato do indivíduo naquela condição buscar tão somente sua sobrevivência. Ele não possui perspectiva de melhora ou ascensão social. O alimento ali coletado representa sua sobrevivência diária.

A segunda maneira de subsistência, trata-se dos materiais recicláveis. Ao contrário dos orgânicos, estes precisam ser coletados, selecionados, embalados, vendidos e finalmente transformados em alimento, roupas, medicamentos e tudo mais necessário à manutenção da vida, através do dinheiro adquirido pela venda.

Isso comprova, teoricamente, o que foi observado na prática cotidiana do vazadouro, quando afirmamos que as diferentes hierarquias mantêm coeso o grupo social. Essa busca pela sobrevivência das famílias do lixão se enquadra na hierarquia de materiais. Se o objetivo, pois, das pessoas daquele local se baseia em buscar o alimento necessário para sobrevivência diária, fica evidente que estando ele pronto para o consumo tem preferência sobre o material que ainda terá que ser “transformado” em sustento.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa sobre a realidade social dos vazadouros revelou uma sociedade estruturada a partir da divisão de trabalho, com regras bem estabelecidas e uma ordem social hierarquizada a partir do próprio lixo. A divisão de trabalho apresentada na obra de Emile Durkheim como forma de harmonização e

---

coesão social é comprovada nas sociedades onde os direitos fundamentais, o respeito às leis, às instituições e à dignidade humana são assegurados. O enquadramento dessa teoria na comunidade formada pelos indivíduos que trabalham no vazadouro apresentava empecilho justamente pela realidade estabelecida dentro do grupo: desassistência de direitos, acesso restrito às instituições e desrespeito à própria dignidade humana. O fator novo que propiciou esse enquadramento e explicou como se processa a coesão dentro daquele grupo foi a constatação que a divisão do trabalho no lixão é realizada respeitando certas hierarquias e através delas a harmonização do grupo e sua coesão são asseguradas.

A hierarquização do lixo se materializa de várias formas: pelas pessoas integrantes do grupo social, pelo relacionamento externo ao vazadouro, pelo acesso aos produtos da coleta realizada, etc. Existe uma hierarquia anterior ao vazadouro, onde quem coleta o lixo nas ruas, realiza uma prévia seleção do material possível de ser reaproveitado ou comercializado. O motorista do caminhão que realiza a coleta de lixo escolherá o material que será selecionado, quem comprará o produto e, no final terá direito a uma parte maior do que for arrecadado. Essa prática é repudiada pelos órgãos públicos responsáveis pela coleta de lixo, o que não impede, em nome de um complemento de renda, que o coletor realize a seleção.

Quando o lixo é finalmente depositado no vazadouro ele já encontra ali uma estrutura montada para realização da coleta de materiais recicláveis ou que serão consumidos pelos catadores. Existe, por exemplo, uma hierarquia de material coletado onde certos produtos (um exemplo que foi presenciado pelo grupo é o acesso ao lixo de couro) só serão disponibilizados para algumas pessoas. Outra hierarquia verificada é a de pessoa, o indivíduo de maior tempo no vazadouro tem acesso preferencial a produtos de maior rentabilidade e fácil comercialização. Há também hierarquia quanto ao relacionamento, onde o integrante do grupo que viabiliza o canal de comercialização externa dos produtos terá preferencialmente acesso a todos os materiais coletados.

A hierarquização proveniente da divisão de trabalho no vazadouro se processa, de acordo com pesquisa comparativa realizada, em todos os lixões. A prática deve ser levada em consideração por proporcionar harmonia e coesão, não apenas no grupo social estudado, mas também fora dele com grupos externos. O grupo social que vive nos vazadouros apesar de ter seus direitos fundamentais desrespeitados e até mesmo não assegurados respeita as instituições como a igreja, a polícia, etc. Além disso, mesmo não tendo seus direitos resguardados e tendo-lhes apartada a própria dignidade humana, essa divisão de trabalho hierarquizada propicia o respeito ao ordenamento jurídico vigente e às normas legais e morais preceituadas pela sociedade de fato. As experiências relativas a essa forma de hierarquização e coesão social devem ser consideradas potencialmente, levando-se em conta a possibilidade de utilização dessas experiências dentro de nossa sociedade. Um exemplo de como a harmonia social pode ser alcançada simplesmente pelo respeito às regras firmadas pela própria natureza do trabalho realizado.

A metodologia teórico-jurídica escolhida pelo grupo para compreensão do fenômeno social estudado se mostrou eficiente na medida que foi utilizado um estudo filosófico, no caso a divisão de trabalho produtora de solidariedade como forma de harmonização e coesão social proposta na doutrina Durkheimiana, para explicação e aprofundamento no estudo do fenômeno nos vazadouros. No trabalho, a partir desta metodologia, utilizou-se de pesquisa comparativa através de vídeos informativos, documentários, revistas, jornais e documentos, além de trabalho empírico, realização de entrevistas tanto com a comunidade do lixão como com pessoas externas ao vazadouro que mantêm relacionamento cotidiano com eles, acompanhamento com profissionais conhecedores do fenômeno social estudado, como a professora Mônica Barros. Todo esse trabalho metodológico - científico utilizado confirmou a teoria que a divisão do trabalho produz harmonia e coesão até mesmo em uma sociedade formada a partir do lixo. Só que essa divisão se processará dentro de hierarquias que determinarão toda a estrutura dentro do vazadouro.

Além da doutrina de Durkheim, ponto norteador de nossos trabalhos, foram

---



utilizadas obras de grandes pesquisadores dos fenômenos sociais como Max Weber, Karl Marx, Michael Foucault e outros, com o intuito de uma melhor compreensão das estruturas sociais, formas de coesão e harmonização das sociedades.

A realidade nos vazadouros de uma harmonização e coesão social proveniente da divisão hierárquica do trabalho pode ser reestruturada e remodelada com a efetivação de direitos constitucionais e o resgate da dignidade humana através de parceria entre a comunidade do vazadouro, o poder público, a comunidade acadêmica e a sociedade.

Ficou evidenciado através da pesquisa não serem as leis a única forma de manutenção da coesão harmônica dos grupos sociais. Seria incoerente negar a importância das leis como preceitos norteadores da conduta humana e forma de agregação dos indivíduos, mas não a única forma. É necessário indicar também as atividades cotidianas, como por exemplo, a divisão do trabalho como fonte harmonizadora capaz de proporcionar a coesão social e deter conflitos. As hierarquias encontradas nos vazadouros e apontadas dentro de nossa pesquisa revelam uma sociedade estruturada, com regras estabelecidas e um código de conduta proveniente da divisão de trabalho no vazadouro. Toda relação interna ou externa ao lixão se processa pelas regras oriundas dessa divisão hierárquica. A consciência coletiva suplanta a individual desde o relacionamento entre os integrantes do vazadouro até o contato com outros grupos sociais. A hierarquização do lixo viabilizou não só a realização do trabalho de coleta que é realizado no vazadouro, como também propiciou respeito às normas comportamentais estabelecidas dentro do lixão. Além disso, essa estrutura montada, proporciona solução mesmo que inadequada, para as questões de reciclagem parcial do lixo e de desemprego, realidade da maioria dos indivíduos integrantes daquele grupo social.

A pesquisa que tinha por objetivo inicial compreender como se processavam as relações dentro do vazadouro acabou apresentando nas hierarquias estabelecidas pela divisão do trabalho uma hipótese nova, a de se comprovar que a divisão hierárquica do trabalho é fator de coesão e harmonização social e

suas experiências devem ser utilizadas dentro de nossa sociedade. Esse intercâmbio entre grupos sociais pode contribuir sobremaneira para efetivação de direitos já existentes e o resgate da dignidade de quem retira do lixo sua subsistência. Essa proposta de parceria serviria de parâmetro tanto para a comunidade do vazadouro, propiciando uma melhor condição de trabalho e de vida, como para nossa sociedade, utilizando a experiência da divisão hierárquica do trabalho como forma de coesão e harmonização social. É indispensável a participação da sociedade contribuindo, de maneira eficaz, armazenando seletivamente o lixo e acondicionando-o de forma adequada. À comunidade acadêmica cabe o papel de levar o direito a quem não é assistido por ele, proporcionar o reconhecimento desses direitos por parte de seus titulares, e, acima de tudo, encontrar canais para a efetivação desses direitos.

É necessário observar e utilizar os pontos positivos encontrados na realidade cotidiana dos vazadouros. Através deles poderemos reestruturar as relações entre os membros de nossa sociedade, utilizando experiências como as provenientes das hierarquias oriundas da divisão do trabalho, familiar e outras, como forma de manutenção da coesão harmônica do grupo social do qual fazemos parte.

É a partir da conscientização da importância das experiências cotidianas, da efetivação de direitos e do resgate da dignidade humana, que poderemos concluir que a coesão estabelecida pela divisão hierárquica do trabalho nos vazadouros é forma evidente de harmonização dos grupos sociais. Dessa forma, seria possível viabilizar a parceria proposta por essa pesquisa, beneficiando não somente a sociedade do fenômeno estudado, mas todos os grupos sociais que possuem a necessidade de manutenção de uma estrutura harmônica e coesa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo:

Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

DURKHEIM, Émile. *O que é fato social?* Tradução de Maria Isaura Pereira de Queirós. 6.ed. Paris:

DURKHEIM, Émile. *Les formes élémentaires de la vie religieuse*. Tradução de Laura Natal Rodrigues. 5. ed. Paris:

DURKHEIM, Émile. DURKHEIM, E. *Division du travail anonique in de la division du travail social*. Tradução de Laura Natal Rodrigues. 7. ed. Paris: PUF, 1960. Liv. 3. Cap. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1998*: arts. 1º a 103. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Tradução de Alvaro Lorencini. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 997.

FOUCAULT, Michael. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

KAYAYAN, Agop. *O Brasil pode*. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br/agop.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MARTINELLI, Celso. Catadores temem empregos. *Jornal Sete Dias*, Sete Lagoas, 20 a 26 abr. 2001.

MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PACHECO, Caio. Cidadania ativa leva estudantes ao lixão. *Jornal Sete Dias*, Sete Lagoas, p. 8, 15 a 21 jun., 2001.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VIANA, Guilherme. Vereador denuncia exploração. *Jornal Sete Dias*, Sete Lagoas, 27 abr. a 3 maio, 2001.

---



## A MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO<sup>1</sup>

Eduardo Monteiro de Castro Casassanta\*

Dos três termos, (“modificação”, “unilateral” e “contrato”), o jurista pensa que conhece o terceiro.

O segundo, o adjetivo “unilateral”, não lhe é estranho, notadamente em matéria contratual. Mas ele sabe que a palavra é uma falsa amiga e que ela não tem o mesmo sentido quando se fala de *ato jurídico unilateral* e de *contrato unilateral*.

Pelo primeiro termo, “modificação”, o jurista terá antes uma percepção intuitiva. Não que o termo não figure na legislação francesa –encontrado em 14 artigos do Código Civil Francês -, mas porque a lei o utiliza sem o necessário rigor técnico.

A título de exemplificação, o artigo 61-4 do “Code Civil”, na seção relativa às “mudanças” (*changements*) dos nomes e dos prenomes, considera o termo “modificação” (*modification*) como sinônimo de “mudança” (*changement*), ao passo que, no artigo 1397 do “Code Civil”, agora relativo à “alteração” (mesmo vocábulo, *changement*) do regime ma-trimomial, o sentido da palavra “modificação” (*modification*) é distinto daquele representado por “alteração” (*changement*).

Isso posto, será possível dizer que o termo foi apreendido pela lei como um simples termo da linguagem comum e não como uma noção jurídica?

---

\*Especialista em Direito Privado e Direito Processual Civil pela PUC/MG. Professor de Direito Civil da PUC/MG e da FADISETE.

<sup>1</sup> Resenha do artigo “*La modification unilatérale du contrat*”, de autoria de Hervé LÉCUYER, professor da Universidade de Paris Val-de-Marne (Paris XII).

A questão não é de fácil solução. A resposta não pode prescindir de um trabalho prévio de definição. A esse título, falta-nos resolver duas questões: (a) o que é uma modificação? (b) O que é uma modificação unilateral? Somente depois poderemos colocar a questão maior: pode haver modificação unilateral do contrato?

(a) *O que é uma modificação?*

“Modificação” é uma palavra que participa das hipóteses de dupla aparência (ou ambigüidade), se bem descrita por Doyen Cornu<sup>2</sup>: trata-se de um termo que, tanto na linguagem comum (coloquial), como na jurídica, pode, num determinado contexto, possuir um ou mais sentidos. Sem dúvida, ninguém pode contestar que o termo pertence principalmente à linguagem comum, tendo sido ulteriormente emprestado à linguagem jurídica, diferentemente de outras palavras que percorrem o curso inverso.

Mas esse estado de dependência com a linguagem coloquial não quer dizer que o Direito não considere a palavra “modificação” como titular de um verdadeiro sentido jurídico. Deve-se ao professor Ghozi a realização do primeiro ensaio sobre o tema, na sua admirável tese “a modificação da obrigação pela vontade das partes”<sup>3</sup>.

Nós aplicaremos a sua definição de “modificação” no contrato e a definiremos como “*a operação sobrevinda no curso da execução do contrato que, sem findá-lo, introduz uma alteração em quaisquer de seus elementos*”.

(b) *O que é uma modificação unilateral?*

A proposição é suscetível de possuir dois sentidos fundamentalmente distintos.

---

<sup>2</sup> CORNU, G. *Linguistique juridique*. Montchrestien, spéc. p. 68 et s., para o fenômeno de dupla aparência.

<sup>3</sup> GHOZI, A. *La modification de l'obligation par la volonté des parties*. Préf. D. Talon, L.G.D.J., 1980.

Pode-se dizer que existirá modificação “unilateral” quando esta afetar o compromisso de somente uma das partes. O unilateralismo, aqui, concerne ao **objeto da modificação**. Neste sentido, unilateralismo opõe-se ao sinalagmatismo<sup>4</sup>.

Pode-se também qualificar de “unilateral” a modificação que se origina de somente uma das partes. O unilateralismo caracteriza, então, a gênese da modificação. “Unilateral” aqui se opõe a bilateral, plurilateral ou convencional.

É este segundo sentido que será privilegiado. Nós entenderemos, portanto, a “modificação unilateral” como a introdução de uma alteração em qualquer dos elementos do contrato, no curso de sua execução, cuja origem deve-se somente a um dos contratantes.

Nesse contexto é que se coloca a terceira questão: será ela possível? Poderá haver modificação unilateral do contrato?

A resposta é, *a priori*, negativa. Não se pode modificar unilateralmente um contrato.

E certamente poderá haver boas razões para fazê-lo. A vontade de modificar o contrato nasce do fato de que ele não corresponde mais às expectativas, às previsões de um ou do outro contratante, o que pode ser a consequência de um duplo fenômeno:

- a) contrato não atende mais às necessidades a que era destinado suprir, como, por exemplo, em razão da transformação do contexto político, econômico, social ou monetário; ou
- b) contrato atende adequadamente às necessidades a que era destinado, mas tais necessidades não representam mais as dos contratantes.

---

<sup>4</sup> É neste sentido que M. Ghazi trata, em sua tese, da modificação unilateral. V. th. Préc. P. 83 et s.

Entretanto, a justificativa oportunista não é juridicamente admitida. A Corte de Cassação já teve várias oportunidades de assim afirmar<sup>5</sup>.

Esta solução é uma aplicação lógica do artigo 1134 do Code Civil: a força obrigatória do contrato fundamenta-se na sua intangibilidade. É em função do respeito à sua força obrigatória que o contrato deixa de atender às fantasias de uma das partes, que intenta modificar unilateralmente seu conteúdo.

Dito de outra maneira, a imutabilidade do contrato traz a segurança de que as suas modificações somente serão operadas de comum acordo.

Assim, a sua força obrigatória constitui-se num poderoso entrave à modificação unilateral.

Todavia, esse argumento não é suficiente, pois a força obrigatória não é um dogma infalível a habitar o espírito dos defensores da autonomia da vontade.

Nesse ponto, pode ser que falte remontar ao que fundamenta a força obrigatória do contrato: nas fontes dos princípios, encontram-se as considerações morais, o respeito à palavra empenhada, mas também outras, mais técnicas; notadamente a idéia de que o contrato é um *ato de previsão*, para retomar a belíssima expressão de Hauriou.

Nessa última perspectiva, a proibição de toda modificação unilateral é concebida facilmente, uma vez que, caso se autorize uma pessoa a modificar unilateralmente o contrato, trair-se-á, com isso, a previsão da outra.

A intenção, entretanto, não pode ser também peremptória, o que nos leva à questão: tal fundamento dado à força obrigatória dos contratos não permitirá, ao contrário, relativizar a negação do princípio de toda modificação unilateral do contrato?

---

<sup>5</sup> Par ex. Cass. 1er civ., 29 janvier 1980. *Bull. Civ. I*, n. 37; Cass. Ass. Plén. 3 mai 1956: JCP 1956, II, 9345, obs. J.G.L.



A situação, com efeito, se apresenta assim: um contratante quer modificar o contrato porque ele não representa mais as suas expectativas originais; o outro contratante não pode se ver obrigado a aceitar uma tal modificação do contrato, porque ela trairá suas previsões.

Eis o impasse: caso não se permita a modificação, negar-se-á o fato de que o contrato constitui-se num ato de previsão por uma parte; mas, caso seja autorizada a modificação, negar-se-á, por outro lado, o fato de que o contrato constitui-se num ato de previsão pela outra parte.

Nesse contexto, o contrato parece em perigo, pois a sua própria essência está em discussão.

Dentro desta perspectiva, não é impossível de se conceber uma modificação unilateral: trata-se, na verdade, de uma escolha de política jurídica.

Pode-se estimar que é mais legítimo assegurar o respeito à essência do contrato em relação àquele que deseja a modificação do que relativamente àquele que a rejeita.

E será essa a saída do impasse? A ótica dos valores poderá demonstrar que o Direito não necessita ser sistematicamente hostil à modificação unilateral.

Convém constatar que o unilateralismo é susceptível de marcar diferentes etapas do processo de modificação e que, de acordo com o momento em que está situado, terá atritos mais ou menos fortes com a força obrigatória do contrato. O unilateralismo pode assim caracterizar tanto a iniciativa da modificação (I), como a decisão de modificar (II).

## 1 A INICIATIVA DE SOMENTE UMA DAS PARTES

O unilateralismo aqui é caracterizado pela **iniciativa** da modificação, daí advindo duas hipóteses:

---

a) aquela em que o contratante que toma a iniciativa de uma modificação se dirige ao outro contratante.

Nessa hipótese, tecnicamente, o contratante manifesta uma oferta destinada a encontrar uma aceitação, a fim de que dela nasça uma convenção de modificação de um acordo precedente.

O unilateralismo, nesse caso, parece não existir, pois haverá então uma **convenção** de modificação.

b) A segunda hipótese é aquela em que o contratante que toma a iniciativa de uma modificação não se dirige ao outro contratante, mas a um terceiro (o juiz ou uma outra autoridade).

A situação parece ainda mais confusa: o unilateralismo caracteriza-se melhor na iniciativa, mas há que se notar que a decisão de modificação não é, no caso, convencional.

Todavia, ela também não depende do contratante que tomou a iniciativa, seguindo-se a conclusão de que ela não é mais uma “oferta de modificação”, mas sim uma “demanda de modificação”.

No entanto, resta lembrar que a “iniciativa de apenas uma das partes”, quanto ao processo de modificação do contrato, somente tem sentido na hipótese de esse processo não ser realizado por meio de uma decisão puramente convencional. Caso contrário, ela será então uma modificação falsamente unilateral.

Somente devem ser consideradas as hipóteses em que o unilateralismo - que caracteriza a iniciativa -, afete diretamente o processo de **modificação** do contrato, para que ele não seja perfeitamente convencional.

Isso pode existir na presença de uma “oferta de modificação” (1.1) ou de uma “demanda de modificação” (1.2).

## A Oferta de Modificação

A situação parece clara: a iniciativa aqui é unilateral, mas a decisão é convencional.

Existe, *a priori*, pouco a dizer sobre essa figura jurídica, que se encontra em perfeita harmonia com o princípio da força obrigatória do contrato.

Entretanto, pode-se perguntar se, às vezes, o mesmo unilateralismo que qualifica a iniciativa não se descaracteriza na decisão. Os dados do problema são, então, modificados.

Isso pode ser pesquisado nos dois contextos: um, normal, onde se está na presença de uma oferta espontânea de modificação; outro, aparentemente mais original, onde o contratante é forçado a propor ao outro uma modificação.

### 1.1.1 A Oferta Espontânea de Modificação

A oferta espontânea de modificação, susceptível de chegar à uma modificação convencional, é uma situação que não apresenta qualquer caráter extraordinário: é a aplicação do princípio da liberdade contratual.

Nesse contexto, não se pode desprezar as contribuições dos demais ramos do direito, especificamente o direito do trabalho, que apresenta, sob este ponto, um caráter atípico<sup>6</sup>.

Assim, quando há iniciativa de modificar o contrato de trabalho, existe, aparentemente, iniciativa **unilateral** e decisão **convencional**.

O caráter convencional da modificação é reforçado pela jurisprudência, que tem exigido, cada vez mais, provas robustas para admitir a aceitação da modificação pelo assalariado.

---

<sup>6</sup> SAVATIER, V. J. *Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*, D. Soc. 1988, p. 135.

No importante julgado Raquin, vencido pela Câmara Social de 8 de outubro de 1987, a Corte de Cassação afirmou que a aceitação de uma modificação substancial do contrato de trabalho não poderia resultar apenas do fato de que o assalariado já tinha aceitado o trabalho, mas era necessária a existência de um acordo expresso. O caráter convencional da decisão foi então reforçado<sup>7</sup>.

Há que se distinguir, entretanto, a modificação substancial da não substancial.

Quando o empregador toma a iniciativa unilateral de oferecer ao assalariado uma modificação não substancial de seu contrato de trabalho, admite-se que o assalariado seja obrigado a aceitá-la<sup>8</sup>. Se o assalariado recusa-se a prosseguir a execução de um contrato em que não foi promovida nenhuma alteração substancial, restará configurada, pois, uma falta a suas obrigações contratuais<sup>9</sup>.

A aceitação do assalariado apresenta, portanto, um caráter obrigatório. Essa situação é justificada pelo poder de direção e de organização do trabalho - ambos pertencentes ao empregador -, que podem levá-lo a impor as mudanças nas condições de execução do contrato de trabalho.

Nesse caso, formalmente, somente a iniciativa é unilateral, pois a decisão é convencional; mas, substancialmente, a decisão é afetada por uma grande parte de unilateralismo, devido ao caráter obrigatório da aceitação.

Esse mesmo raciocínio poderá ser utilizado no caso de modificação substancial do contrato de trabalho, muito embora numa escala menor.

Com efeito, nesse caso existe uma pressão indireta feita sobre o consentimento do assalariado: ele aceita, senão o empregador pode iniciar o proce-

<sup>7</sup> O legislador francês, então, procurou contrariar esta jurisprudência: v. C. travail, art. L 321-1-2, issu de la loi n. 93-1313 du 20 déc. 1993.

<sup>8</sup> Droit de l'emploi, *Op. cit.*, n 1564.

<sup>9</sup> LYON-CAEN, G.; PÉLISSIER, J.; SUPLOT, A. *Droit du travail*, 18e éd. Dalloz, n. 362.



dimento de dispensa. O assalariado sofre da alternativa que consiste em (a) admitir a modificação ou (b) aceitar a extinção do vínculo contratual.

Na hipótese da modificação substancial do contrato de trabalho em que a iniciativa é perfeitamente unilateral, existe, sem dúvida, um menor grau de unilateralismo na decisão.

O exemplo do contrato de trabalho ilustra perfeitamente a hipótese de uma oferta espontânea de modificação que caracteriza a iniciativa de apenas uma das partes quanto à modificação do vínculo contratual.

Demonstra-se também que, no estágio da decisão, pode-se ter diferentes graus de unilateralismo, onde uma decisão pode ser mais ou menos convencional.

### **1.1.2 A Oferta Obrigatória de Modificação**

A hipótese parece romper com o princípio da liberdade contratual. Afinal de contas, como conceber uma situação em que um dos contratantes, no curso de execução do contrato, se vê obrigado a propor ao outro uma modificação do conteúdo contratual?

- Não se trata de questão relativa às cláusulas de renegociação ou de hardship. Essas cláusulas permitem, com efeito, a qualquer uma das partes demandar uma revisão do contrato se houver uma alteração significativa das condições iniciais da contratação que torne impossível ou extremamente gravoso para uma das partes a sua execução. Essas cláusulas não têm por objeto obrigar um dos contratantes a oferecer ao outro a modificação do contrato; elas fazem simplesmente nascer para um contratante o direito de exigir a discussão e impor aos contratantes a negociação de boa-fé.

- Em compensação, há certas decisões jurisprudenciais que têm reconhecido, sob o fundamento da boa-fé, a obrigação de um contratante oferecer ao outro, em certas circunstâncias, a modificação do contrato. Os

julgados proferidos pela câmara social, a 25 de fevereiro de 1992 e pela câmara comercial, a 3 de novembro de 1992 são interpretados na doutrina como reconhecedores da existência de uma verdadeira obrigação de adaptação do contrato oneroso para um dos contratantes, que, sob o fundamento da boa-fé, se vê obrigado a oferecer ao outro uma modificação contratual em caso de imprevisão.

A situação é, aqui, estritamente inversa àquela vista anteriormente: a dose de unilateralismo encontrada na decisão havia sido abordada sob a ótica do proponente; doravante, ela será vista do ponto de vista do aceitante.

No entanto, todas essas situações são reveladoras de um unilateralismo perfeito relativamente à **iniciativa** da modificação; e imperfeito, parcial, quanto à **decisão** de modificação.

Trata-se de unilateralismo existente parcialmente na etapa da decisão, representando o fruto de apenas uma vontade livre: às vezes, do proponente, outras vezes, do aceitante.

## 1.2 A Demanda de Modificação

Doravante, não se tratará mais da oferta, mas da **demanda** de modificação. A iniciativa de um contratante não é mais endereçada ao outro contratante, mas a um terceiro. Esse terceiro é normalmente um juiz, mas poderá ser também uma autoridade não judiciária.

### 1.2.1 A demanda de modificação endereçada ao juiz

A questão que aqui se coloca é aquela que diz respeito à influência da força obrigatória do contrato sobre o ofício do juiz. Isto porque, em princípio, a lei contratual deve também, logicamente, se impor ao juiz.

Toda e qualquer modificação do contrato somente pode ocorrer com o consentimento mútuo das partes. Portanto o juiz deve ser impulsionado a rever

o contrato, ajustá-lo ou suprimi-lo de acordo com a vontade das partes.

Esclareça-se: a força obrigatória é um efeito próprio do contrato em virtude de lei. O que a lei fez, não se pode, em princípio, desfazer. A revisão do contrato pelo juiz é então aceitável se for legalmente autorizada.

Resta então a questão de saber se, no silêncio da lei, o juiz, sob a iniciativa de apenas uma das partes, pode modificar o contrato.

A questão foi e continua a ser discutida sob a ótica da imprevisão.

Nesse contexto, coloca-se a seguinte indagação: pode um juiz autorizar a modificação do contrato sob a demanda de apenas uma das partes e contra a vontade da outra, caso as circunstâncias econômicas que existirem no momento de sua conclusão estejam totalmente alteradas e que assim, esteja prejudicado o equilíbrio das prestações?

A doutrina divide-se e a jurisprudência francesa parece estagnada desde o julgado “Canal de Craponne”, do dia 6 de março de 1876.

E esse imobilismo parece que não irá se desfazer. É admirável que a jurisprudência francesa contemporânea não trabalhe em favor do equilíbrio contratual na etapa da execução do contrato.

Sem dúvida, a jurisprudência francesa jamais admitiu expressamente, de maneira geral, a teoria da imprevisão.

Mas ela não tem trabalhado no mesmo sentido, atingindo os mesmos fins por outros meios? A jurisprudência acima citada - a de obrigar o contratante a oferecer ao outro a adaptação do contrato -, não é obra dos juizes que impuseram às partes o que eles mesmos não fizeram? E amanhã, o recurso à teoria da imprevisão não será inútil para uma aplicação extensiva da teoria da causa?

Pode-se ver num recente julgado proferido pela Corte de Cassação, em 17

janeiro de 1995<sup>10</sup>, a vontade da jurisdição suprema em consagrar as teses de Capitant e aprovar o desaparecimento da causa quando da execução do contrato.

Nesse julgado, a Corte de Cassação teve a grande preocupação de frisar que ela aprovou o desaparecimento parcial da causa para realizar a da imprevisão, sem, entretanto, assim dizer expressamente.

É possível ver nessa modificação não convencional do contrato um exemplo de que ele é ato de previsão; e que o Direito, na presença de um contrato que, de todos os modos, não está mais a respeitar as previsões dos dois contratantes, escolhe respeitar as previsões daquele que toma a iniciativa da modificação.

Desde que a autoridade judiciária é demandada, o unilateralismo não mais caracteriza de modo perfeito a iniciativa de modificação; assim também se dá, caso o contratante ativo dirija-se à uma autoridade não judiciária.

### **1.2.2 A demanda de modificação dirigida à uma autoridade não judiciária**

Existe mais bela manifestação de publicização do direito privado do que o tratamento pela comissão de “surendettement”, dos “surendement” dos particulares? À demanda do devedor, a referida comissão irá buscar a conciliação das partes, tendo sempre em vista a elaboração de um plano convencional de solução.

A decisão de modificação poderá afetar, por exemplo, o montante da obrigação contratual, ainda que a iniciativa do contratante não esteja endereçada ao credor.

Mas é sobretudo na ausência do acordo que a missão da comissão é extra-

---

<sup>10</sup> Cass. 1re civ. 17 janvier 1995: Bull. Civ. I, n° 29; JCP 1995, I, 3843, n° 4, note Fabre-Magnan



ordinária, uma vez que ela está habilitada a **recomendar** as modificações do conteúdo contratual.

Com efeito, a comissão compartilha a decisão de modificação com o juiz, chamado a conferir força executória às medidas que a recomendam.

Constata-se, assim, que o unilateralismo não caracteriza somente a **oferta de modificação**, dirigida ao contratante, mas pode também caracterizar a **demanda de modificação**, endereçada ao juiz ou a certas autoridades.

Uma diferença fundamental distingue, entretanto, as duas situações: no caso da **demanda de modificação**, a iniciativa caracteriza-se por um unilateralismo perfeito, ao passo que a decisão é desprovida do caráter unilateral, ao menos no sentido em que nós o entendemos, considerando relevante a vontade de um dos contratantes.

Ao contrário, no caso da **oferta de modificação**, a iniciativa se caracteriza também por um unilateralismo perfeito, mas esse unilateralismo pode diminuir na fase da decisão de modificação, na qual pode-se achar uma certa dose de unilateralismo.

## 2 A DECISÃO DE APENAS UMA DAS PARTES

Trata-se de conceber e pesquisar as hipóteses nas quais a modificação é o fruto da decisão de apenas uma das partes, hipóteses nas quais, diferentemente do visto na parte anterior, o unilateralismo é perfeito na etapa da decisão.

Se assim é, o estrangulamento do princípio da força obrigatória parece particularmente grave, a menos que se admita que o seu fundamento - a idéia de que o contrato é ato de previsão -, pode também legitimar a modificação unilateral então proibida.

---

De maneira igual, pode-se pensar que é muito mais cômodo de admitir uma modificação unilateral nos dias de hoje do que antigamente, desde que se tenha uma concepção mais objetiva do contrato, que termina por ver o **bem** sobre o **vínculo**.

Ora, essa concepção objetiva do contrato não se acomoda mais facilmente do que a da modificação unilateral?

Sem dúvida, mas há que se esclarecer que certas modificações decididas unilateralmente são admitidas porque o contrato é um bem; não obstante, outras são mais bem admitidas por de uma visão subjetiva do contrato, porque ele incide mais sobre os contratantes do que sobre a entidade contratual.

Assim, a decisão de apenas uma das partes é, às vezes, admitida, porque o contrato é um **bem**, e, às vezes, rechaçada, porque o contrato é um **vínculo**.

## **2.1 Por que o Contrato é um Bem**

Uma visão objetiva do contrato pode justificar, em certas circunstâncias, a decisão de modificação unilateral do contrato (2.1.1). Tal aproximação não tem, entretanto, justificado, aos olhos da Corte de Cassação, certas modificações unilaterais do contrato (2.1.2).

### **2.1.1 A admissão da decisão de apenas uma das partes sob o fundamento da concepção objetiva do contrato**

Desde Gaudemet, desenvolveu-se uma concepção objetiva do contrato. Durand, em 1960, havia concebido o contrato como um bem da empresa. Um contrato a serviço da empresa? O direito do processo coletivo francês assim confirma. Então desde essa época não se pode justificar que o empresário promova uma adaptação unilateral do contrato para ajustá-lo às necessidades da empresa?

Foi essa idéia que presidiu a elaboração da lei de 12 de maio de 1965, mo-

dificando o decreto de 30 de setembro de 1953 sobre os arrendamentos mercantis, cujo texto foi redigido com o objetivo de facilitar a adaptação do comércio às diversas formas da concorrência e às demandas cambiantes da clientela<sup>11</sup>.

O artigo 34 do decreto autorizava o arrendatário a associar a sua atividade prévia a outras atividades conexas ou complementares e o arrendatário pode impor essa modificação ao arrendante, que pode apenas contestar o caráter conexo ou complementar da atividade.

Entendendo o contrato como um bem, pode-se conceber que a lei admita uma decisão unilateral de modificação. Numa outra circunstância, entretanto, a jurisprudência francesa não a aceita.

### **2.1.2 A recusa da decisão de apenas uma das partes sob o fundamento da concepção objetiva do contrato**

Um importante segmento da doutrina fundamenta-se na concepção objetiva do contrato, chegando mesmo a enxergar um valor patrimonial numa certa autonomia em relação àqueles que o concluíram.

Essa concepção do contrato gera conseqüências quanto ao regime dessa cessão. Com efeito, sob este ponto de vista, o consentimento do cessionário será, em princípio, indiferente no que concerne à realização de uma tal cessão. Vem ao suporte dessa tese o fato de que, quando da conclusão do contrato, o consentimento do cessionário fundamenta-se mais nos seus elementos objetivos do que na pessoa de seu co-contratante.

Assim, pode-se ter modificação do contrato pela substituição de um dos contratantes, por meio da decisão de apenas um dos contratantes iniciais.

Parece, entretanto, que essa tese não tem sido acolhida pela Corte de

---

<sup>11</sup> Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, par M. Germain, L.GDJ, 16<sup>e</sup> ed., n° 398.

Cassação, que, no julgado de 6 de maio de 1997, exigiu o consentimento do cessionário à substituição de seu contratante, para que a cessão pudesse ser operada.

Se o contrato for visto como um bem, é possível legitimar-se a decisão de modificação por apenas uma das partes. E pode-se chegar a uma mesma conclusão desde que tente-se constatar como o contrato, visto desta vez como um vínculo, pode ou poderá autorizar certas modificações unilaterais.

## **2.2 Por que o Contrato é Um Vínculo**

O contrato é um vínculo na medida em que se aceita a teoria de que a visão objetiva do contrato não suprime totalmente a dimensão subjetiva da relação jurídica.

Nessa perspectiva, a decisão de modificação unilateral é *de lege lata*; e poderá ser, *de lege ferenda*, admitida algumas vezes.

A visão subjetiva do contrato permite conceber, primeiramente, a obrigação de boa-fé que recai sob os contratantes (1) e, em seguida, certas justificativas que daremos ao princípio da força obrigatória do contrato (2).

### **2.2.1 Boa-fé e decisão unilateral de modificação do contrato**

O princípio da boa-fé admite o raciocínio de que a lei contratual não é uma lei implacável para as partes. A boa-fé representa, antes de tudo, a lealdade do devedor: ele deve executar fielmente suas obrigações.

Ora, a jurisprudência tem admitido que, se os esforços empreendidos pelo devedor permitem-lhe atingir sua meta estabelecida no contrato, nada poderá ser reclamado contra ele, mesmo que as prestações efetuadas não estejam exatamente conforme as previsões contratuais.

De qualquer sorte, seja porque ele estava de boa-fé, seja porque a meta esti-



pulada no contrato também foi atendida, a jurisprudência tolera que o devedor deixe de respeitar rigidamente as estipulações contratuais, permitindo, portanto, que as modifique, mas sob os aspectos necessariamente menores, senão a meta final do contrato não seria mais atendida.

## **2.2. 2 Força obrigatória e decisão unilateral de modificação**

Quanto às justificativas que alguns conferem à força obrigatória do contrato, é necessário dizer que, caso fossem admitidas no direito francês, elas poderiam abrir um campo muito vasto à modificação unilateral.

Fala-se em uma doutrina de origem Anglo-americana que fundamenta a força obrigatória do contrato na idéia de atender às expectativas dos contratantes.

Nesse ponto de vista, o que fundamentará a força obrigatória do contrato será o atendimento das expectativas do credor, que não deve ser decepcionado. Em consequência, o devedor não será obrigado a satisfazer o credor além do limite das suas expectativas originais, ou do limite que essas expectativas poderiam ser razoavelmente atendidas.

Pode-se tirar certas conclusões dessa doutrina, como, por exemplo,

- a) os interesses lesionados que seriam devidos em caso de inexecução pelo devedor deverão se calcar não sob o valor da prestação descumprida, mas sob o valor inferior, do atendimento razoável.
- b) Poder-se-á, também, nessa mesma lógica, concluir que o devedor poderá executar não a obrigação literal prevista no contrato, mas aquela que razoavelmente atenda às expectativas do credor, o que equivale a reconhecer ao devedor uma possibilidade de modificar o contrato para adaptá-lo ao atendimento razoável do credor.

Essa concepção não pode, entretanto, ser acolhida sem reserva, ainda que ela possa influenciar certos elementos de nosso direito.

Ora, seria admissível que o devedor pudesse julgar o que atenderia razoavelmente seu credor? Ou será que ele não poderia jamais ser reconhecido como julgador nesses casos? Somente nessa última hipótese a teoria seria impulsionada a fundamentar universalmente a “força obrigatória”.

**Em conclusão**, pode-se resumir:

O direito francês conhece, primeiramente, hipóteses de perfeito unilateralismo quanto à **iniciativa da modificação**. Trata-se, entretanto, de unilateralismo que desaparece na etapa da decisão de modificar o contrato, seja porque a decisão é puramente convencional, seja porque ela é judiciária ou emana de uma autoridade administrativa (a vontade do juiz ou de outra autoridade que substitua a do outro contratante). Esses casos não são os reais de modificação unilateral do contrato.

O direito francês conhece, em segundo lugar, as hipóteses de perfeito unilateralismo quanto à **iniciativa da modificação**. Esse unilateralismo caracteriza a decisão, não obstante de forma imperfeita. Essa é a hipótese da modificação do contrato de trabalho. Esse é também o caso da jurisprudência que impõe, sob o fundamento da boa-fé, a um contratante a obrigação de oferecer ao outro a modificação do contrato. Esses são os casos de modificação unilateral do contrato, mas os casos imperfeitos.

O direito francês conhece, em terceiro lugar, as hipóteses de perfeito unilateralismo quanto à **iniciativa da modificação**, que se caracteriza também na **decisão de modificação** de forma perfeita: esse é o caso da desespecialização parcial em matéria de arrendamentos mercantis. Esse é o caso também do devedor de boa-fé, que não cumpre os pormenores contratuais mas atende o fim do contrato. Eles são os casos perfeitos de modificação do contrato.

Se é permitido um julgamento de ordem quantitativa quanto às hipóteses de modificação unilateral do contrato, em cujo bojo possam conviver os casos

imperfeitos juntamente com aqueles perfeitos, constata-se que as hipóteses de modificação unilateral do contrato são ainda muito raras no Direito Francês.

# **O REGIME JURIDICO INTERNACIONAL DA MUDANÇA CLIMÁTICA: ANÁLISE E PERSPECTIVAS PARA A PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA**

*Fernanda Viana de Carvalho\**

## **1 INTRODUÇÃO**

Dentre os maiores desafios ambientais internacionais deste milênio, a questão do efeito estufa vem merecendo não só uma atenção especial da mídia mundial como também dos tomadores de decisões das mais diversas esferas de governança. Para uma eficiente avaliação do arcabouço jurídico-normativo que vem sendo desenvolvido em resposta a tal problema, torna-se necessária sua exata compreensão.

O termo “efeito estufa” foi cunhado para descrever a capacidade de alguns gases, principalmente o dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), de armazenar calor na atmosfera terrestre impedindo desta forma a reflexão dos raios solares, à semelhança do que ocorre numa estufa de plantas. Trata-se de um fenômeno natural sem cuja existência a terra congelaria, mas que vem sendo desmesuradamente intensificado pela atividade humana desordenada, acarretando a liberação de aproximadamente seis bilhões de toneladas de gás carbônico na atmosfera anualmente. Suas principais fontes são, em primeiro lugar, a queima de combustíveis fósseis e, num segundo lugar bem distante, o desflorestamento por queimadas<sup>1</sup>. Desde o advento da revolução industrial, as concentrações atmosféricas de gases de efeito estufa, como o metano, o óxido nitroso e principalmente o dióxido de carbono, aumentaram em mais

---

\* Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Nottingham. Consultora da FEAM (Fundação Estadual do Meio Ambiente). Profª. De Direito Ambiental da FADISETE.

<sup>1</sup> PAINEL Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), 1992, Suplemento II.

de 25 por cento<sup>2</sup>.

A estimativa científica é de que, caso estes números continuem aumentando, ocorrerá um aquecimento global de 0.2 a 0.5 graus celsius a cada dez anos, ou de 2 a 5 graus celsius no final deste século. Um aumento desta escala, sem precedentes na história do mundo, traria consequências funestas, como o aquecimento global e a subida do nível do mar, que causarão a perda de ecossistemas e a inundação de alguns países.

Ressalta-se que a atual abordagem dada ao efeito estufa está ligada às perdas financeiras que poderão ocorrer caso ele não seja urgentemente contornado. O debate ainda não conseguiu alcançar o nível das flagrantes implicações éticas, uma vez que a maioria das emissões de gases de efeito estufa se origina nos países desenvolvidos<sup>3</sup>, onde impulsiona seu desenvolvimento econômico, gerando impactos que serão “socializados” na medida em que serão globais, atingindo mais gravemente os países mais pobres do globo. Cabe aqui ainda mencionar o princípio do desenvolvimento sustentável, que pressupõe a utilização racional dos recursos naturais de forma a satisfazer as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas necessidades<sup>4</sup>.

É nesse contexto que se insere o mais notório e avançado regime legal ambiental internacional, a Convenção das Nações Unidas sobre Mudança do Clima de 1992 e o seu Protocolo de Kyoto de 1997.

Este artigo se inicia com uma breve exposição dos princípios e diretrizes dos dois diplomas legais internacionais. Posteriormente, procede-se a uma análise do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo do Protocolo de Kyoto e sua implementação pelo Brasil e demais países em desenvolvimento. A

---

<sup>2</sup> RELATÓRIO Científico do Painel Internacional de Mudanças Climáticas, xvii, tabela 1, 1990.

<sup>3</sup> Total de emissões de CO<sub>2</sub> desde 1950, em bilhões de toneladas-EUA-186.1; União Européia-127.8; Brasil-6.6. In: VEIA, São Paulo: Abril, edição 1696, v.34, n.15, 18 abr. 2001.

<sup>4</sup> RELATÓRIO da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento (WCED Report), 1982.



maneira como esta se dará é decisiva para que tal sistema constitua valiosa oportunidade de negócios também para estes países, e não uma forma de aceitar em troca de dinheiro a responsabilidade de solucionar um problema ao qual não deram causa.

## **2 A CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇA DO CLIMA DE 1992**

### **2.1 Prólogo**

Em resposta ao início das discussões no meio científico sobre a ameaça representada pelo efeito estufa, a Organização das Nações Unidas instituiu um Comitê Negociador Intergovernamental para uma Convenção - Quadro sobre Mudanças Climáticas em dezembro de 1990. Este comitê se reuniu seis vezes entre fevereiro de 1991 e maio de 1992, e a Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima (daqui em diante referida como Convenção) foi adotada no dia 9 de maio de 1992. Ela foi aberta para assinatura na Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>5</sup>, ou ECO-92, no Rio de Janeiro, em junho do mesmo ano, tendo entrado em vigor internacionalmente em 21 de março de 1994. No Brasil, a aprovação pelo Congresso Nacional se deu pelo Decreto Legislativo nº 01, de 03 de fevereiro de 1994, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 2.652, de 18 de julho de 1998.

É importante destacar que as negociações no plano internacional encontraram vários obstáculos, o que absolutamente não é novidade em se tratando de Direito Ambiental Internacional. O primeiro deles diz respeito à enorme dependência de combustíveis fósseis da economia mundial. Qualquer acordo internacional eficiente teria que incluir uma obrigação de reduzir o uso de tais combustíveis, o que afeta profundamente atividades

---

<sup>5</sup> Também conhecida como Eco 92 ou Cúpula da Terra.

econômicas e sociais dos países envolvidos<sup>6</sup>. Segundo Bodansky<sup>7</sup>, uma convenção sobre mudanças climáticas afeta bem mais profundamente atividades econômicas e sociais do que outros acordos ambientais internacionais que lidam com a destruição da camada de ozônio ou a chuva ácida, cujas causas são mais facilmente delimitadas e passíveis de serem atacadas.

Obstáculo é ainda a falta de consenso científico a respeito de alguns aspectos do problema. Ainda não se desenvolveram metodologias totalmente confiáveis para o cálculo dos impactos potenciais regionais e globais sobre as florestas e outros ecossistemas, agricultura, áreas costeiras e a saúde humana, bem como do custo das medidas mitigadoras de tais impactos.

O terceiro fator de dificuldade envolve os interesses divergentes que tiveram de ser reconciliados. Os países da OPEP temiam que as limitações nas emissões de dióxido de carbono pudessem influenciar o preço do petróleo. A posição dos Estados Unidos da América, o maior emissor de gases de efeito estufa, é notória e condizente com a postura deste país frente a outros acordos internacionais. Os EUA se recusam a aderir a qualquer instrumento que implique na revisão de sua ultrapassada matriz energética, baseada no uso de combustíveis fósseis, desrespeitando tanto as gerações presentes como as futuras em nome de sua economia. De outro lado, pequenos países insulares do Pacífico e do Caribe, para os quais um aumento de alguns centímetros do nível do mar acarretaria inundações.

O quarto fator foi o espaço temporal de dezoito meses para a conclusão das negociações, bastante limitado para a magnitude e complexidade do tema. A maioria dos acordos ambientais internacionais existentes levou mais tempo para ser negociada, apesar de tratarem de temas de menor abrangência<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Esta é a incansável justificativa para a posição americana de não aderir ao regime.

<sup>7</sup> BODANSKY, P. The U.N. Framework Convention on climate change. *Yale Journal of International Law*, v.18, n.2, p. 453-554, 1993.

<sup>8</sup> Exemplos são a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, que levou cerca de quatro anos para ser negociada, e a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça de Longo Alcance, que levou dois anos.

O texto final da Convenção representa um mínimo de consenso entre os países que favoreciam o estabelecimento de cronogramas detalhados para redução de emissões de gases de efeito estufa, como a União Européia e a coligação dos pequenos países insulares, e países que favoreciam apenas uma carta de intenções com compromissos gerais, como os Estados Unidos e os países membros da OPEP.

## 2.2 Objetivos

Em seu art. 2, a Convenção estabelece como objetivo “alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica<sup>9</sup> perigosa no sistema climático. Este nível deverá ser alcançado num prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, que assegure que a produção de alimentos não seja ameaçada e que permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável.”

## 2.3 Princípios

Em seu art. 3, a Convenção estabelece que, na implementação nacional de seus dispositivos, as partes devem se guiar por três princípios do Direito Ambiental Internacional: o Princípio das Responsabilidades Comuns mas Diferenciadas, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável e o Princípio da Precaução.

O Princípio das Responsabilidades Comuns mas Diferenciadas<sup>10</sup> pressupõe o reconhecimento por parte dos países desenvolvidos de sua responsabilidade na busca internacional do desenvolvimento sustentável em vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e das tecnologias e recursos financeiros que controlam. Tal princípio reflete-se no

---

<sup>9</sup> Relativo às ações humanas.

<sup>10</sup> Princípio 7, Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio), Rio de Janeiro, 1992.

fato de que, num primeiro momento, as obrigações de redução de emissões de gases somente se aplicam aos países do mundo desenvolvido. Digno de menção especial é o fato de que a Convenção condiciona a eficácia da sua implementação pelos países em desenvolvimento à eficaz implementação por parte dos países desenvolvidos de seus compromissos relativos à provisão de recursos financeiros e transferência de tecnologia<sup>11</sup>.

O segundo princípio incorporado é o do Desenvolvimento Sustentável<sup>12</sup>. De acordo com a Convenção, as partes devem proteger o sistema climático para o benefício das presentes e futuras gerações da humanidade, com base na equidade e em conformidade com suas responsabilidades comuns mas diferenciadas às respectivas capacidades<sup>13</sup>.

De acordo com o Princípio da Precaução<sup>14</sup>, quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. No contexto do efeito estufa, deve-se levar em conta que as políticas e medidas para mitigar as mudanças climáticas devem assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível<sup>15</sup>. Este princípio, por si só, bastaria para justificar a existência da Convenção.

## 2.4 Obrigações das Partes

A Convenção introduz um conjunto de obrigações que se aplica a todas as suas partes. A primeira delas consiste na elaboração de inventários nacionais de emissões antrópicas por fontes<sup>16</sup> e das remoções por sumidouros<sup>17</sup> de

<sup>11</sup> Convenção de Mudanças Climáticas. art. 4 (7)

<sup>12</sup> *Op. cit.*, n.11. Princípios 3.4 e 5.

<sup>13</sup> *Op.cit.*, n.11. art.3 (1)

<sup>14</sup> *Op.cit.*, n.11. Princípio 15

<sup>15</sup> *Op.cit.*, n.11. art. 3(3)

<sup>16</sup> Qualquer processo ou atividade que libere um gás de efeito estufa, um aerosol ou um precursor de gás de efeito estufa. *Op. cit.*, n.11. Art.1. 9

<sup>17</sup> Qualquer processo, atividade ou mecanismo que remova um gás de efeito estufa, um aerosol ou um precursor de um gás de efeito estufa da atmosfera. *Op. cit.*, n.11. Art. 1. 8.



todos os gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal, empregando metodologias comparáveis àquelas a serem adotadas pela Conferência das Partes<sup>18</sup>. Outro imperativo é a formulação e implementação de programas nacionais para a mitigação da mudança climática<sup>19</sup>.

O segundo grupo de obrigações se aplica aos países constantes do Anexo I<sup>20</sup>, que são os países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico e as economias em transição. Para estes é exigida a adoção de políticas nacionais e medidas correspondentes para a mitigação das mudanças climáticas, através da limitação das emissões antrópicas de gases de efeito estufa e da proteção e do aumento de filtros e reservatórios destes gases<sup>21</sup>. A Convenção abre a estas partes a possibilidade de implementação conjunta destas políticas e medidas. É introduzido o ano de 1990 como ano-base para a estabilização das emissões de dióxido de carbono e outros gases<sup>22</sup>. Isto significa que o total agregado destas emissões deve voltar aos níveis relativos àquele ano. O compromisso de fornecimento de informações é bem mais rígido para estas Partes, e os cálculos das emissões por fontes e remoções por sumidouros deve levar em conta o melhor conhecimento científico disponível<sup>23</sup>.

É possível identificar ainda uma terceira ordem de compromissos que se aplica aos países constantes do Anexo II<sup>24</sup>. Para estes existe a obrigação de prover recursos financeiros novos e adicionais para cobrir integralmente os

---

<sup>18</sup> *Op.cit.*, n.11, Art. 4.1. (a).

<sup>19</sup> *Op. cit.*, n.11, Art. 4.1. (b)

<sup>20</sup> Alemanha, Austrália, Áustria, Bielo-Rússia, Bélgica, Bulgária, Canadá, Comunidade Européia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Polónia, Portugal, . Reino Unido, República Tcheca, Romênia, Rússia, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, n.11, Art.4.2(a)

<sup>22</sup> *Op. cit.*, n.11, art.4, 2(b)

<sup>23</sup> *Op. cit.*, n.11, art. 4.2(b)

<sup>24</sup> Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Comunidade Européia, Dinamarca, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, . Reino Unido, Suécia, Suíça, Turquia.



custos incorridos por Partes países em desenvolvimento no cumprimento de suas obrigações de monitoramento e fornecimento de informações.<sup>25</sup>

## 2.5 Organização Institucional

- Conferência das Partes: órgão soberano e deliberativo . Reúne-se anualmente desde 1995.
- Secretariado : designado pela Conferência das partes, tendo funções administrativas.
- Órgão Subsidiário de Aconselhamento Científico e Tecnológico: tem como função fornecer à Conferência das Partes e, conforme seja apropriado, aos outros órgãos subsidiários, informação e aconselhamento atualizados sobre questões científicas e tecnológicas relacionadas à Convenção. Ele é multidisciplinar, aberto à participação de todas as partes e formado por representantes governamentais que sejam *experts* em seu campo de atuação.<sup>26</sup>
- Órgão Subsidiário de Implementação: cabe a ele considerar as informações comunicadas pelas Partes e analisar seu efeito total. A participação é aberta a todas as Partes através da nomeação de *experts* em mudanças climáticas.<sup>27</sup>
- mecanismo financeiro : GEF (Global Environmental Facility) ou Fundo Mundial para a Natureza. O GEF é uma iniciativa conjunta de três instituições, o BIRD (Banco Mundial), o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) e o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento).
- processo multilateral de consulta para resolução de questões relativas à sua implementação e um mecanismo de solução de disputas.

---

<sup>25</sup> *Op. cit.*, n.11, Art.4(3).

<sup>26</sup> *Op. cit.*, n.11, Art.9.1

<sup>27</sup> *Op. cit.*, n.11, Art.10.1.

### 3 O PROTOCOLO DE KYOTO DE 1997

#### 3.1 Prólogo

Seguindo os rumos da Convenção, não menos complexas têm sido as negociações acerca de seu Protocolo de Kyoto e de sua implementação por seus países signatários. Antes da primeira Conferência das Partes à Convenção, que ocorreu em Berlim de 28 de março a 7 de abril de 1995, o Comitê Negociador Intergovernamental<sup>28</sup> se reuniu seis vezes. Na reunião de fevereiro de 1995, ficou claro que, enquanto os países da Associação dos Pequenos Países Insulares e os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico achavam insuficientes as provisões da Convenção, os Estados Unidos e a Federação Russa se opunham à adoção de um protocolo com compromissos mais rigorosos<sup>29</sup>. Havia ainda uma divisão entre os países da OCDE que defendiam novos compromissos apenas para os países desenvolvidos e o grupo formado por Austrália, Canadá, Japão, Nova Zelândia e EUA, que desejavam que os países em desenvolvimento com melhores condições também assumissem compromissos de redução. A adoção destes foi fortemente rejeitada pelo grupo dos países em desenvolvimento, capitaneado por Brasil, Índia e China. Desta Conferência não resultou qualquer progresso em virtude da falta de consenso. Só houve unanimidade sobre um aspecto: firmou-se o entendimento de que não seriam introduzidos compromissos adicionais para as partes não incluídas no Anexo I<sup>30</sup>.

Um grupo *ad hoc* foi estabelecido para conduzir o processo de negociação e reportar seu progresso à Segunda Conferência das Partes, realizada em Genebra de 8 a 18 de julho de 1996, tendo concluído seu trabalho em 1997, o que ocorreu na cidade japonesa de Kyoto no período de 1 a 10 de dezembro de 1997, culminando com a adoção do Protocolo na última sessão plenária, no dia 11 de dezembro de 1997.

---

28 Vide Introdução.

29 DAVIES, Peter. Global warming and the Kyoto protocol. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 47, p.451

30 *ibid*, para. 2(b).

### 3.2 Compromissos

Nota-se um enorme avanço legal na abordagem do Protocolo quanto aos compromissos dos países desenvolvidos do Anexo I fixados pela Convenção. Enquanto esta se limita a ordenar a adoção de políticas e medidas para mitigar a mudança climática, o Protocolo inova ao detalhar tais políticas e medidas, quais sejam: o aumento da eficiência energética em setores relevantes da economia nacional; a proteção e o aumento de sumidouros e reservatórios de gases de efeito estufa, levando em conta seus compromissos assumidos em acordos internacionais relevantes sobre o meio ambiente, a promoção de práticas sustentáveis de manejo florestal, florestamento e reflorestamento; a promoção de formas sustentáveis de agricultura; incentivo à pesquisa e desenvolvimento de tecnologias para seqüestro de dióxido de carbono e de novas formas renováveis de energia, redução progressiva ou eliminação de imperfeições de mercado, incentivos fiscais, isenções e subsídios para os setores emissores de gases de efeito estufa contrários à Convenção e a aplicação de instrumentos de mercado; estímulo a reformas adequadas em setores relevantes; medidas específicas de redução para o setor de transportes e medidas de redução das emissões de metano por meio de sua recuperação e utilização no tratamento de resíduos e distribuição de energia.

O compromisso de redução de emissões estabelecido na Convenção passa a ter data marcada: o período de 2008 a 2012, e finalmente passa a ser quantificado: pretende-se uma redução total de pelo menos 5 por cento abaixo dos níveis de 1990 das emissões de seis gases de efeito estufa proveniente de países industrializados. A metodologia para se chegar ao total pretendido é o estabelecimento de metas individuais diferenciadas para cada parte, tendo sido calculadas proporcionalmente às suas emissões antrópicas. Por exemplo, a Comunidade Européia teria uma meta de 8% a ser alcançada pelo conjunto de seus países membros; a meta reservada aos Estados Unidos seria de 7% e ao Japão e ao Canadá, 6%. A Nova Zelândia, a Rússia e a Ucrânia têm o compromisso de estabilizar suas emissões nos níveis de 1990, enquanto a Noruega e a Austrália podem aumentar suas emissões em, respectivamente,

1% e 8%.

Importante ressaltar que as reduções de emissões atribuídas a projetos de florestamento e reflorestamento, realizados a partir de 1990, serão consideradas e abatidas da equação de redução das emissões. Trata-se da introdução do chamado “seqüestro de carbono<sup>31</sup>” no bojo deste regime jurídico.

### 3.3 Mecanismos Flexíveis

A grande novidade trazida pelo Protocolo é a introdução dos chamados mecanismos flexíveis para o cumprimento das metas de redução. Estes constituem alternativas suplementares à redução pura e simples de emissões de gases, e se justificam por terem custos menos elevados para as partes do Anexo I da Convenção. Foram instituídos três mecanismos:

Execução conjunta (*Joint Implementation*) – permite que as partes do Anexo I da Convenção tenham direito a abater em suas quotas de redução créditos referentes a projetos implementados conjuntamente<sup>32</sup>.

Comércio de Emissões (*Emissions Trading*) – permite que as partes do Anexo I da Convenção transfiram, vendam ou adquiram de qualquer outra dessas partes unidades de redução de emissões resultantes de projetos de redução das emissões por fontes ou aumento das remoções por su-midouros em qualquer setor da economia<sup>33</sup>.

Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (*Clean Development Mechanism*)– permite que países industrializados invistam em

---

<sup>31</sup> capacidade de certos componentes do sistema climático, como solos, florestas e oceanos, de eliminar ou armazenar gases causadores de efeito estufa. Este processo ainda não foi quantificado, ao contrário das fontes emissoras de gases, como a queima de combustíveis fósseis.

<sup>32</sup> Protocolo de Kyoto, art. 4, 1.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, n.33, art. 6, 1.



projetos de redução de emissões por fontes ou aumento de sumidouros em países em desenvolvimento, utilizando o total de créditos referentes a tais projetos para descontar de suas quotas de redução.

Devido à brevidade desta análise, pretende-se abordar em detalhe o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), por ser o único aplicável aos países em desenvolvimento e por representar, no entender desta autora, uma excelente oportunidade de negócios internacionais associada à proteção ambiental no Brasil. Uma abordagem mais aprofundada da Execução conjunta e do comércio de emissões será feita em outra oportunidade.

#### **4 MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO: A VALORIZAÇÃO DAS FLORESTAS NO CONTEXTO DA MUDANÇA CLIMÁTICA**

O MDL é, sem dúvida, o mais polêmico dos mecanismos flexíveis, por envolver a implementação conjunta do Protocolo entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento. A vantagem deste tipo de cooperação é que projetos visando à redução de emissões de gases de efeito estufa ou de aumento de sumidouros em países em desenvolvimento têm custos menores do que no território dos países do Anexo I. Ao mesmo tempo em que se proporcionará benefícios aos países em desenvolvimento através da execução de tais projetos, os países do Anexo I que os financiem poderão usar as reduções proporcionadas por eles para atingir suas metas de redução. Tal entendimento se justifica pelo fato de que este impacto ambiental é de magnitude global, sendo irrelevante a localização geográfica das ações de mitigação.

Conforme informa Furriela<sup>34</sup>, o MDL foi criado a partir de uma proposta

---

<sup>34</sup> FURRIELA, Rachel Biderman. Mudanças climáticas globais: aspectos políticos, jurídicos e sócio-ambientais In: LIMA, André (org.). *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2002.



brasileira de estabelecimento de um fundo em que seriam cobradas multas pelo descumprimento das metas estipuladas no Protocolo, tendo tal idéia evoluído até transformar-se no MDL.

O objetivo do MDL se subdivide em proporcionar assistência tanto aos países em desenvolvimento quanto às Partes do Anexo I da Convenção. Àqueles, para que atinjam o desenvolvimento sustentável e contribuam para o objetivo final da Convenção, e a estes, para que cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões<sup>35</sup>. O MDL é gerido pela Conferência das Partes e supervisionado por um Conselho Executivo criado na sétima Conferência das Partes, em novembro de 2001, em Marrakech, tendo um representante brasileiro, Gylvan Moreira Filho<sup>36</sup>.

As reduções de emissões serão certificadas por entidades operacionais a serem designadas pela Conferência das Partes, com base nos seguintes critérios: participação voluntária aprovada por cada Parte envolvida; benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima; e reduções de emissões que sejam adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto.

Desnecessário apontar que, num primeiro momento, percebe-se que para os países do Anexo I a proposta é bem mais vantajosa. Mas uma análise mais criteriosa leva também à conclusão de que o MDL constitui excelente oportunidade de negócios para o Brasil, com a possibilidade de investimentos em conservação associados a medidas específicas que poderão mitigar os maiores problemas ambientais brasileiros.

Restam ainda dúvidas quanto à real contribuição deste e dos outros mecanismos flexíveis para os objetivos da Convenção, devido à falta de critérios e metodologias confiáveis para a aferição dos seus resultados. Aqui fica patente a necessidade do estreitamento da relação entre a ciência e o Direito Ambiental. É preciso que a ciência evolua na compreensão, diagnóstico e

<sup>35</sup> *Op. cit.*, n.32, art. 12, 2

<sup>36</sup> *Op. cit.*, n.34.

mitigação das mudanças climáticas, assim como o Direito Ambiental deve buscar critérios legais que permitam aos mecanismos flexíveis serem eficazes não só do ponto de vista do cumprimento das obrigações, e sim de verdadeira contribuição à redução, estabilização e diminuição dos gases de efeito estufa presentes na atmosfera. Quanto mais informações e resultados sejam obtidos e divulgados, mais fácil e efetiva será a elaboração de regulamentações nacionais do regime internacional aqui exposto.

No dizer de Furriela<sup>37</sup>, o Brasil tem potencial de atrair investimentos em projetos de MDL seja em projetos industriais, de substituição de matriz energética baseada em uso de combustíveis fósseis, for fontes menos poluentes, seja na área florestal, a partir de projetos de florestamento e reflorestamento.

A inclusão de projetos de florestamento e reflorestamento no MDL tem gerado enormes controvérsias nas discussões sobre a implementação do Protocolo. Um dos principais questionamentos é a falta de permanência das florestas como sumidouros de carbono, uma vez que podem vir a sofrer queimadas (caso em que acabarão efetivamente agravando o problema do efeito estufa pela emissão de dióxido de carbono) ou cortadas para utilização como matéria-prima. Outro argumento seria a existência de vantagens comparativas para países onde estas formações vegetais podem ocorrer mais facilmente se devidamente fomentadas, devido às suas condições climáticas e edáficas<sup>38</sup>. Em virtude deste argumento, foram excluídos do âmbito do MDL os oceanos e florestas naturais.

Mais grave ainda é a constatação de que os investimentos em tais projetos permitiriam aos países investidores a emissão adicional de gases, na medida em que, para cada tonelada seqüestrada, uma tonelada de CO<sub>2</sub> poderá ser emitida em seu território.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> *Op. cit.*, n. 34.

<sup>38</sup> Edáfico – relativo a solos. In: FREIRE, William; MARTINS, Daniela Lara (org.). *Dicionário de direito ambiental*. Belo Horizonte: Mineira, 2003.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, n.34.

Apesar das questões acima aduzidas, foi adotada na COP 6 a decisão de que o MDL se constituirá tanto de projetos de redução de emissões por fontes industriais, do setor de transporte e da utilização de fontes de energia limpa, quanto de projetos relativos a atividades de florestamento e reflorestamento.

A garantia de que o MDL realmente avançará no sentido de mitigar o efeito estufa, beneficiando os países desenvolvidos e em desenvolvimento de maneira equitativa, é o estabelecimento de critérios internacionais rígidos para a certificação dos projetos, aliado à regulamentação nacional eficiente, pelos países em desenvolvimento, de sua participação nestes. Só assim o Brasil poderá fazer com que o MDL seja realmente proveitoso e não se transforme numa forma de “eco-imperialismo”, em que o país assuma o ônus de resolver um problema ao qual não deu causa.

Sugere-se como critério internacional para a emissão dos certificados de redução das unidades uma diferenciação de seu valor, com vistas a premiar projetos que:

- fomentem o florestamento ou reflorestamento com espécies nativas;
- tragam benefícios a outros componentes da biosfera, como solos, recursos hídricos e biodiversidade;
- proporcionem o envolvimento de comunidades tradicionais ou indígenas detentoras de conhecimentos tradicionais associados à conservação das florestas;
- priorizem áreas degradadas de relevância ambiental mundial;
- constituam de fato esforços adicionais que impliquem em mudanças efetivas nos processos industriais.

A seguir são elencadas algumas premissas fundamentais que, no entender desta autora, devem ser observadas na elaboração de uma “Política Nacional de Sequestro de Carbono” eficaz, do ponto de vista socioambiental<sup>40</sup>, em relação ao cenário brasileiro:

---

<sup>40</sup> Esta autora opta por esta grafia no sentido de enfatizar a interdependência entre estes dois aspectos e a necessidade de sua abordagem integrada.

- priorização de investimentos na recuperação de matas ciliares e em áreas definidas como prioritárias dos biomas mais ameaçados, como Mata Atlântica e Cerrado;
- desenvolvimento de diretrizes para o envolvimento de aldeias e terras indígenas em projetos de MDL, o que por sua vez pressupõe a sua demarcação;
- desenvolvimento de diretrizes para o desenvolvimento de projetos de sistemas agroflorestais envolvendo pequenos produtores rurais;
- estabelecimento de limites e medidas de controle relativas à utilização da monocultura de espécies de crescimento rápido, como o eucalipto;
- priorização de investimentos no setor energético para o aumento da utilização de alternativas energéticas menos poluentes, como a biomassa, energia solar e eólica;
- investimento em pesquisa e desenvolvimento de metodologias para quantificar a capacidade de seqüestro de carbono de diferentes espécies e formações vegetais, bem como de outros componentes da natureza;
- criação de incentivos de mercado para as empresas nacionais que participem dos projetos de MDL;
- acompanhamento dos projetos em andamento, com vistas ao aproveitamento das “lições aprendidas”, que possibilitam economia de tempo e recursos financeiros.

## **5 IMPLEMENTAÇÃO PELO BRASIL: O CAMINHO JÁ PERCORRIDO**

Não se pode negar ao governo Fernando Henrique Cardoso o mérito de ter iniciado a implementação do regime jurídico internacional das mudanças climáticas. O Programa Mudanças Climáticas foi instituído no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia em 1996 com o objetivo de apoiar o desenvolvimento de informações científicas relativas à emissão de gases de



efeito estufa para subsidiar a definição da política de atuação em mudanças climáticas.

Em 7 de julho de 1999, o então Presidente Cardoso criou a Comissão Interministerial de Mudanças Climáticas, composta por integrantes dos Ministérios das Relações Exteriores, da Agricultura e do Abastecimento, dos Transportes, Minas e Energia, entre outros. Tal órgão surgiu tanto da necessidade de uma maior institucionalização do tema quanto pelo seu caráter estratégico. Esta Comissão tem o papel de articular e coordenar a implementação das ações necessárias relativas às mudanças climáticas no território nacional.

Iniciativa pioneira e digna de menção foi a criação do Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas, pelo Decreto nº 3.515, de 21 de junho de 2000. Este Fórum é presidido pelo Presidente da República, e tem como objetivo conscientizar e mobilizar a sociedade para a questão da mudança global do clima, constituindo uma instância pública de debates sobre o tema. A entidade é composta de representantes dos diversos Ministérios envolvidos, além de profissionais da área ambiental, de energias, florestas, representantes de notório saber acadêmico, empresários e organizações não governamentais.

É princípio basilar do Direito Ambiental o dever do Poder Público de facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando à disposição de todos as informações relativas ao meio ambiente de que dispõem as autoridades, para lhes assegurar a oportunidade de participar nos processos de tomada de decisões. Nesse sentido, pode-se afirmar que o Brasil saiu na frente com a atuação do Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas, brilhantemente conduzida pelo Dr. Fábio Feldmann.

## 6 CONCLUSÃO

A Convenção - Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima de 1992 e o Protocolo de Kyoto de 1997 constituem o mais avançado e complexo



regime jurídico internacional para se lidar com um impacto ambiental de proporções globais. Apesar da Convenção não introduzir compromissos estritamente detalhados quanto à redução das emissões, tanto a estrutura institucional por ela introduzida quanto as obrigações relativas à elaboração de inventários nacionais, bem como as de desenvolvimento de políticas e programas de mitigação do efeito estufa, pavimentaram o caminho para a adoção do Protocolo em 1997.

O Protocolo de Kyoto representa uma tentativa de conciliação dos interesses de países que favoreciam medidas mais drásticas, no sentido em que ele fixa metas específicas de redução e um período inicial para que elas ocorram, e países que favoreciam uma abordagem alternativa, através dos mecanismos flexíveis que ele introduz.

Dentre estes, destaca-se o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo como oportunidade imperdível para o Brasil. O mundo desenvolvido se prepara para grandes investimentos em florestamento e reflorestamento nos países em desenvolvimento. Os países mais propensos a atrair tais somas são aqueles onde houver infra-estrutura técnica, científica e jurídica para a implementação de projetos. Todas estas capacidades já existem no Brasil e necessitam apenas ser trabalhadas com vistas ao seu fortalecimento. Já existem inclusive projetos em andamento, dos quais destacamos o da empresa Plantar, em parceria com o Rabobank da Holanda, e o da Mannesmann, em parceria com o Netherlands Carbon Facility. O acompanhamento destes projetos é imprescindível para que os conhecimentos gerados possam ser replicados.

Ressalta-se que, para que tais parcerias possam realmente estar gerando benefícios para os dois lados envolvidos, é necessária uma regulamentação nacional com vistas ao correto aproveitamento dos investimentos. Sem sombra de dúvida, a prioridade deve ser a conservação das florestas, dos recursos hídricos e da biodiversidade brasileira. Se não houver seriedade e compromisso tanto por parte dos tomadores de decisão quanto da sociedade, em seu dever de participar e fiscalizar as ações de proteção ao meio ambiente, o MDL corre o risco de se transformar em mais uma forma de dominação

---

disfarçada de preocupação ecológica.

É claro que a participação social vai exigir um enorme esforço no sentido de se disseminar informações acerca do tema, o que por sua vez demandará um esforço da ciência no sentido de produzir tais informações. Papel fundamental tem portanto o Direito Ambiental, enquanto mecanismo regulador da relação entre a sociedade e o meio ambiente no qual ela se insere. Somente uma abordagem holística e multidisciplinar do MDL permitirá a inserção do Brasil na agenda para o futuro.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BODANSKY, Phillip. The U. N Convention on climate change, *Yale Journal of International Law*, v. 18, n.2, p. 453 e s., 1993.

DAVIES, Peter. Global warming and the Kyoto protocol. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 47, p. 451 e s. 1998

FREIRE, William; MARTINS, Daniela Lara (orgs). *Dicionário de direito ambiental*. Belo Horizonte: Mineira, 2003.

FURRIELA, Rachel Biderman. Mudanças climáticas globais: aspectos políticos, jurídicos e sócio-ambientais. In: LIMA, André (org.). *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MISSFELDT, Fanny. Flexibility mechanisms: which path to take after Kyoto? *RECIEL*, v.7, issue 2, p.129, 1998.

RELATÓRIO científico do painel intergovernamental de mudanças climáticas (IPCC), 1992, Suplemento 11.

REZEK, J.F. *O direito internacional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANDS, Peter. *Principles of international environmental law*. Manchester: Manchester University Press, 1995. v.1, p. 125.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2001.

VEJA. São Paulo: Abril, edição 1696, ano 34, n. 15, 18 abr. 2001.

YAMIN, Farhana. The Kyoto protocol: origins, assessment and future challenges. *RECIEL*, v.7, issue 2, p.113, 1998.

---

# **A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMPLEMENTARES QUE VEDAM O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DO ICMS**

*Paulo Enver G. Faleiro Ferreira\**

## **1 INTRODUÇÃO**

O trabalho se faz presente pelo descontentamento em ver a cada dia o governo federal desrespeitar os alicerces constitucionais de uma sociedade democrática de direito, haja vista a recente publicação da Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002, onde se adia, pela quarta vez consecutiva, a data a partir da qual as empresas poderiam se creditar do ICMS pago na aquisição de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, bem como daquele recolhido por meio das contas de energia elétrica e telefone.

Não fosse a euforia peculiar à época de final de ano, o assunto teria assumido maior dimensão nos noticiários do país. A ausência de divulgação também se deve à previsibilidade do mencionado adiamento, tendo em vista que o aproveitamento de tais créditos fora postergado por três vezes, segundo estava previsto desde a Lei Complementar nº 87/96, a chamada Lei Kandir.

Essa Lei, promulgada no governo FHC, disciplinou, por intermédio de Lei Complementar, a cobrança do ICMS, conforme exigia a Constituição Federal de 1988, a fim de que fosse minimizada a balbúrdia causada pela pulverização de legislações estaduais acerca do imposto.

A LC 87/96 assegurou, em seu art. 20, o direito à compensação por parte do contribuinte do ICMS pago em operações anteriores, inclusive o referente aos bens destinados ao uso e consumo da empresa, bem como aqueles

---

\* Especialista em Direito de Empresas pela PUC/MG Advogado em Belo Horizonte

adquiridos com o objetivo de integrar seu ativo permanente. Em seguida, no art. 33, postergou, a partir de 1º de janeiro de 1997 (ou seja, no ano subsequente à entrada em vigor da chamada Lei Kandir), a utilização de tais créditos, inclusive os decorrentes do uso de energia elétrica e de serviços de comunicação. Daí em diante o que se viu foi um festival de adiamentos (1998, 2000, 2003 e, agora, 2007) que culminaram com a mencionada Lei Complementar nº 114/2002, que adiou para janeiro de 2007 a fruição dos créditos de ICMS ora comentados.

Nesse diapasão, ocorre a completa desfiguração do princípio da não cumulatividade, pois ele, assim como os outros que habitam a Constituição, são imperativos e inelásticos; qualquer desrespeito a eles acarretará sérios danos jurídicos e econômicos.

## 2 HISTÓRICO DO ICMS

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS teve sua origem no antigo *imposto sobre vendas mercantis*, instituído por sugestão dos contribuintes. (COSTA, 1978; p.1)

Assim, o imposto, inicialmente federal, passou na Constituição de 1934 a ser de competência dos Estados, sob o nome de *imposto sobre vendas e consignações*. Até que, com a Emenda Constitucional nº 18, foi transformado em ICM.

Trata-se, assim, de um imposto de natureza estritamente mercantil e, desde seu início, possuía intrínseca em seu escopo a natureza da não cumulatividade, como se pode comprovar no estudo clássico de Alcides Jorge Costa (op. cit., p.8) que lembra com pertinência os problemas causados aos comerciantes em decorrência da incidência repetida sobre bases de cálculo que, por superposição em cascata, tornavam os produtos inviáveis comercialmente,



como:

[...] no comércio do café, as tradicionais vendas na praça de Santos, que eram muitas e em virtude das quais o produto podia ser transferido várias vezes, viram-se quase condenadas ao desaparecimento em virtude do ônus insuportável criado pela incidência múltipla do imposto de vendas e consignações.

A situação, continua ele, teria chegado a tal ponto que: “se tornou necessária legislação especial que concedeu isenção do tributo para as operações internas da praça de Santos, realizadas com café, quando destinadas à formação de lotes para exportação”

A partir de fatos como esse, o Constituinte pátrio optou por um imposto não cumulativo, respondendo, obviamente, a problemas gerados pela cumulatividade dos impostos multifásicos, aproveitando como parâmetro a legislação alienígena, mormente à francesa.

Porém, na França o imposto não se baseava nas atividades mercantis, mas, sim, sobre a produção.

No Brasil, a não cumulatividade surgiu em nossa Constituição com o *status* de princípio na Magna Carta de 18 de setembro de 1946, em razão da Emenda Constitucional nº 18, de 1/12/65, permanecendo intacto na evolução constitucional posterior (CF<sup>1</sup>/67 art. 24, II, §5º) e, em seguida, no art. 23, II, da mesma Carta, com o advento da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que assim dispunha:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. A isenção ou não incidência, salvo

---

<sup>1</sup> CF = Constituição Federal

determinação em contrário da legislação, não implicará crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes. (grifo nosso).

Temos, claramente, que no regime anterior à Constituição de 1988, havia dispositivo transferindo para o âmbito da Lei Complementar a definição da natureza intrínseca da não-cumulatividade do então ICM. A dita regulamentação veio com o Decreto-Lei nº 406/68.

Com efeito, o art. 3º do mencionado Decreto-Lei dispunha que o imposto sobre circulação de mercadorias era não cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. Desse modo, o Decreto-Lei ficou em plena consonância ao que estipulava a Constituição.

Atualmente, o ICMS se encontra em nossa Carta Política de 1988, em seu artigo 155, § 2º, I e II, que dispõe *in verbis*:

“Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II – a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

(Sem grifos no original)

A Constituição da República, ao estabelecer a matriz do sistema tributário nacional, firmou de modo incisivo, no seu artigo 155, o caráter de não-cumulatividade do imposto sobre operações relativas a mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comu-

nicação (ICMS).

A não-cumulatividade do ICMS ficou definida de forma clara e muito simples: compensa-se o imposto que seja devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo fisco estadual ou do Distrito Federal (§ 2º, I). Com esse preceito fica certo que a compensação há de ser operada na modalidade *tax on tax* (imposto contra imposto), pura e simplesmente.

Em termos práticos, e com respeito à circulação de mercadorias envolvendo contribuinte do ICMS, a regra fundamental a considerar passou a ser então a seguinte: na **entrada** de bem ou mercadoria, qualquer que seja a operação tributada, o contribuinte tem direito de se **creditar** do imposto incidente; na **saída** tributada, também qualquer que seja, o contribuinte é obrigado a se **debitar** do tributo.

Isso feito cabe ao contribuinte promover o encontro periódico de débitos e créditos para apurar o saldo de imposto a recolher ao fisco (quando a soma dos débitos supere a dos créditos).

### 3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CUMULATIVIDADE

O princípio constitucional da não-cumulatividade, como vimos acima, está explicitamente definido no art. 155 do Texto Maior: “será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.” De tal forma, que o preceito constitucional deva ser indubitavelmente seguido.

Isso porque, na Constituição, da mesma forma que o ordenamento jurídico de um modo geral, também conhece a estrutura da ordem escalonada, não estão todas as suas normas postas horizontalmente uma ao lado da outra, mas, verticalmente, uma sobre outra. Concebê-la sem escalonamento é implodir aquele articulado, tornando-a destituída de unidade. Perdendo-se a

unidade, não se tem mais a dimensão da segurança e da certeza, o que faria da Constituição um instrumento de livre arbítrio dos legisladores e governantes.

Para corroborar esse entendimento, transcrevemos trecho de autoria da Prof<sup>a</sup>. de Direito Constitucional, Carmem Lúcia Antunes Rocha, (1991, p.19):

O princípio constitucional revela o sistema jurídico. É o elo que vincula e harmoniza os valores normatizados; o princípio versa o coração do pensamento posto na palavra-norma. São os princípios, pois, os elementos jurídicos normatizadores primários e informadores do sistema. De uma parte, eles inspiram o sentido e demarcam o espírito do ordenamento constitucional e, de outra, corporificam as regras jurídicas integrantes da elaboração normativa fundamental. Assim, são os princípios constitucionais os elementos internos primários da ordem jurídica.

Diante do preceituado na Constituição e no que nos ensina a mais abalizada doutrina, temos que, antes de qualquer análise ou obediência à norma infra-constitucional, deve-se observar a *Lex Maior*. Podemos afirmar que o princípio é um norte, o alicerce de um povo, que quando desrespeitado ou violado, desmorona toda uma ordem jurídica e o estado de direito.

A Ex-Procuradora Geral do Estado de Minas Gerais e professora de Direito Tributário da Universidade Federal de Minas Gerais, Mizabel De Abreu Machado Derzi, em conferência em Belo Horizonte, por ocasião do Primeiro Congresso da Associação Brasileira de Direito Tributário, 1997, citada por Coelho, S.C.N. (1998, p. 32), lecionou que:

É importante notar que tanto o ICMS quanto o IPI não são impostos que devam ser suportados, economicamente, pelo contribuinte de direito (o comerciante ou industrial). São, a rigor, impostos sobre o consumo, não devendo onerar a produção ou o comércio, como alerta Klaus Tipke. Disso resulta, que numa operação entre empresas, cada uma delas pode se

livrar, basicamente, através da dedução do imposto anterior, do imposto dela cobrado pela outra e transferir, na etapa de circulação, o ônus do imposto devido ao adquirente, e assim sucessivamente, até o consumidor final.

Também, em conferência, o mestre geraldo ataliba, com a propriedade que lhe é peculiar, foi enfático ao afirmar acerca da obrigatoriedade em se observar ao princípio da não-cumulatividade, preceituado pela Constituição. Ouçamo-lo:

É a Constituição, meus senhores, que dá a mim, cidadão que pratica operação mercantil no Brasil, o direito de me creditar do ICM relativo a operações anteriores; não é lei nenhuma. Não é lei complementar que dá; não é lei ordinária do Estado, não é a doutrina: é a Constituição. Este é um direito constitucional, é um direito dado pela Constituição, é um direito público subjetivo constitucional de quem pratica operação mercantil. Portanto, a lei não pode diminuir, reduzir, retardar, anular, ignorar um direito que a Constituição deu.

Diante do que reza nossa legislação, e com a colaboração doutrinária de vários tributaristas de escol, como os acima citados, temos como óbvio que os ditames e restrições constitucionais devam ser obedecidos.

Afinal, trata-se o ICMS de um imposto plurifásico e não cumulativo. E, para que não se frustre a não-cumulatividade, faz-se necessária a compensação mediante a regra do abatimento, independentemente de se tratarem de operações anteriores ou posteriores, tributadas ou não, consumidas ou não.

#### **4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ARTIGOS DAS LEIS COMPLEMENTARES EM ESTIPULAR LIMITES TEMPORAIS E/OU ESCRITURAIS AO ICMS**

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido no ato das disposições transitórias, em seu artigo 34, que



[...] o sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores (...) § 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, II, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

A Lei Complementar nº 87/96, que dispõe sobre o assunto foi publicada em 1996, sendo a matéria, até então, regida pelo Convênio nº 66, de 1988, firmado entre os Estados, que, por sua vez, tinha força de Lei Complementar, que preceituava, em seu art. 31, II que “não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento.”

Por sua vez, a Lei Complementar 87/96, conhecida como Lei Kandir, veio a estabelecer em seu art. 20 o direito de

[...] creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso e consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transportes interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Ocorre, porém, que a Lei Complementar nº. 87, de 13 de setembro de 1996, afronta o mandamento constitucional da não-cumulatividade ao estipular, no seu artigo 33, restrições no tempo para exercício do direito ao creditamento de ICMS em duas situações específicas, sendo modificada novamente pela Lei Complementar nº 99, de 20.12.99, pela Lei Complementar 102 de 11.07.2000 e, agora, pela recente Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002

Cumpre lembrar a determinação contida na Constituição Federal, em seu art. 146, inciso III, acerca da Lei Complementar:

Art. 146 - Cabe à Lei Complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Como se percebe, cabe à Lei Complementar, portanto, tratar de normas gerais, estipulando os parâmetros normativos, desde que estejam em estrita observância aos ditames constitucionais. Deverá, assim, definir fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes das espécies tributárias encontradas na Magna Carta.

Segundo a LC nº. 87/96, o creditamento do ICMS pelo contribuinte (i) tornou-se possível apenas a partir do início de vigência da lei (setembro/96), com relação à entrada de bens para o ativo permanente; e (ii) vai se admitindo, no caso de mercadorias destinadas a uso ou consumo, somente a partir do ano 1998.

E como é de costume, em nosso governo, mudar as “regras do jogo”, objetivando postergar e ou dificultar os direitos dos contribuintes, afrontando sobremaneira o Texto Maior, em 23 de dezembro de 1997, ou seja, na véspera de obter o “direito” ao creditamento do aludido imposto no tocante aos bens de uso e consumo, foi promulgada a Lei Complementar nº 92, alterando a redação do inciso I do artigo 33 da Lei Matriz (LC 87/96), estipulando o prazo de creditamento para 1º de janeiro de 2000, e posteriormente, em 20 de dezembro de 1999, promulgada outra Lei Complementar, agora a de número 99 estipulando que “*somente darão direito de crédito as*

*mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2003*". Depois veio a Lei Complementar n. 102/2000, postergando mais uma vez o direito ao crédito, quando o mesmo se encontrava na iminência de sua efetivação legal.

E, agora, para não perder a tradição, os contribuintes são novamente expurgados de seus direitos, quando da promulgação da Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, que modificando 33 da LC 87/96, estipula novos limites para o creditamento do ICMS (agora será a partir de janeiro de 2007).

O que não poderia ocorrer, porque a Constituição impôs regra-matriz de não-cumulatividade do ICMS em termos que lhe conferem plena eficácia e aplicabilidade imediata, pela via da compensação de valores do imposto (débitos versus créditos). A partir daí, ficou exigido apenas que os valores se relacionassem com operações – entradas e saídas de mercadorias e bens – tribuadas pelo ICMS.

O saudoso Geraldo Ataliba, com sua magistral sabedoria, professora-nos, sobre o nosso Sistema Constitucional Tributário, *in* Sistema Constitucional Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, item 9.21:

[...] é o mais rígido de quantos se conhece, além de complexo e extenso, pois em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário a quem cabe somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmar-lo.

Desse modo, ao legislador complementar ou ordinário, cada um no âmbito de competência *ratione materiae*, cabe, quando regré los, obedecer, sem qualquer flexibilidade, os exatos limites e contornos traçados na *Lex Magna*, não lhes sendo possível, em hipótese alguma, inovar na matéria.

Com efeito, considerando essa rigidez, a Constituição Federal/88, superando

acesa discussão doutrinária que havia na vigência do texto anterior, deixou claro que é tríplice a função da lei complementar em matéria tributária. Confira-se o art. 146 da C.F.:

- I dispor sobre conflitos de competência entre os entes políticos-constitucionais;
- II regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, e
- III estabelecer normas gerais de Direito Tributário, especialmente sobre a 'definição de tributos e suas espécies', bem como, em relação aos impostos nela discriminados, a 'dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes' disciplinando, também, a 'obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência'.

Em clara obediência ao instituído na CF/88, constatamos, sem a menor sombra de dúvidas, que as limitações impostas pelas famigeradas Leis Complementares são inconstitucionais; a uma, porque extrapolam interpretação literal da constituição; a duas, porque fazem restrições a um princípio constitucional, qual seja, da não cumulatividade.

Em conferência sobre Lei Complementar () Geraldo Ataliba<sup>2</sup> cita uma passagem dos ensinamentos de RUI BARBOSA, que com toda sua autoridade, tratando das leis complementares, dizia o seguinte:

Quando um preceito constitucional é proibitivo, quando um preceito constitucional é negativo não cabe complementação, não cabe lei complementar." A lei que pretender complementar um preceito proibitivo ou negativo é abusiva, dizia ele. E por quê? Porque onde a Constituição diz NÃO é NÃO. O legislador complementar não pode aumentar o NÃO. Também não pode diminuir o NÃO; ele só pode repetir, reproduzir o NÃO, o que é ridículo.

Não obstante haver dispositivo na Constituição Federal dizendo caber à Lei

---

<sup>2</sup> ATALIBA, Geraldo. *Revista de Direito Tributário*, n.48, p. 90.

Complementar estipular a forma de compensação do imposto, não é permitido a imposição de limites ou restrições ao princípio da não cumulatividade. Assim, encontra-se estatuído o art. 155 § 2º, XII, c, da CF, *in verbis*:

XII – cabe à lei complementar:  
definir seus contribuintes;  
dispor sobre substituição tributária;  
disciplinar o regime de compensação do imposto;  
(grifo nosso)

É entendimento pátrio, tanto jurisprudencial como doutrinário, que o artigo supra citado deve estabelecer a competência da lei complementar para dispor sobre a compensação do ICMS; porém, é claro que *a priori* deve-se observar o princípio constitucional.

Sobre o assunto, nos ensina Carraza (1997, p. 177):

A não-cumulatividade do ICMS, é, como vimos, inalterável seja pelo Legislativo, que não pode afrontar a Constituição, seja pelo Executivo, que deve limitar-se a cumprir as leis (constitucionais). Nem mesmo a lei complementar prevista no art. 155, § 2º, XII, c, da CF é competente para alterar o alcance da não-cumulatividade..  
(grifo nosso)

Nesse mesmo entendimento temos o respaldo de vários tributaristas de escol, entre eles, Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Cléber Giardiano, os quais aduziram que

[...] esta lei complementar, não pode nem restringir, nem ampliar, muito menos, anular o alcance do princípio da não-cumulatividade do ICMS. Sua função é bem mais modesta: deve, apenas, disciplinar o procedimento de constituição, registro e utilização do crédito deste imposto. Sua função é apenas integrativa da Constituição. Deve fixar os pormenores normativos de ordem técnica que permitirão o pleno desfrute, pelos con-



tribuintes, do direito à não cumulatividade do ICMS.” (grifo nosso)

A Legislação infraconstitucional reduziu o conceito da não-cumulatividade, limitando os créditos de ICMS, afrontando o claro princípio constitucional:

[...] será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

A jurisprudência pátria já consagrou a inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional, que colide com o princípio da não cumulatividade, conforme se depreende das jurisprudências colacionadas abaixo, que em situação análoga expressam a viabilidade da utilização dos créditos nos bens de uso, consumo e ativo permanente, sem qualquer restrição temporal ou escritural (como agora quer a LC 114/02):

Ementa: ICMS – Bens Destinados ao Ativo Permanente de Estabelecimento – Princípio da Não-Cumulatividade. O direito ao crédito de ICMS relacionado a tais bens esta assegurado pela Constituição Federal (artigo 155, §2º, I,II), não podendo ser alterado pela lei. Correção Monetária cabível. Recurso a que se nega provimento. (Ap. Cív. 77020100 – Paraná – 4ª T. – j. 23.06.99)

Ementa – Tributário – ICM – Não Cumulatividade  
Materiais refratários utilizados na indústria siderúrgica, que se consomem no processo de fabricação, ainda que não se integrando ao produto final [...]  
(RE 96.643-9 – MG – 2ª T – Rel. Min. Décio Miranda – j. 9.8.83)

Em caso análogo o STJ analisou a questão da seguinte forma:

Tributário – IPI – Materiais refratários. Direito ao creditamen-

to.

Os materiais refratários empregados na indústria, sendo inteiramente consumidos, embora de maneira lenta, não integrando, por isso, o novo produto e nem o equipamento que compõe o ativo fixo da empresa, devem ser classificados como produtos intermediários, conferindo direito ao crédito fiscal.

(Resp. nº 18.361-0-SP – 2ª T. Rel. Min. Hélio Mosimann – j. 5.6.95 – DJU 7.8.95 p. 23026)

O Supremo também já se posicionou:

ICMS – NÃO CUMULATIVIDADE – OBSERVÂNCIA –  
‘SEM ESPECIFICIDADE’

Recurso Extraordinário nº 161.257-6

Proced.: São Paulo

Relator: Min. Marco Aurélio

Recte.: Elanco Química Ltda

Advs.: Fernanda Guimarães Hernandez

Guerra de Andrade e Outros

Recdo.: Estado de São Paulo

Advs.: Elizabeth Alves de Lima e Outros

**Decisão:** Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Presidente e Maurício Corrêa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 16.12.97.

**ICM** – Princípio da Não-Cumulatividade – Atos Sucessivos de Circulação de Mercadorias. O princípio da não-cumulatividade é observado sem especificidade, prescindindo da vinculação a uma certa mercadoria. Considera-se o sistema de conta corrente em que lançados créditos e débitos.

[...]

ICMS – Bem Integrado ao Ativo Fixo – Não Cumulatividade  
(Despacho do Ministro Marco Aurélio do STF)

(Agravado de Instrumento nº 175.073-1 São Paulo, publicado na RDDT 3:113)

A única restrição constitucional que se faz aos créditos de ICMS é a estipu-

lada no art. 155, § 2º, II *in verbis*:

Art. 155 [...]

[...]

§ 2º, [...]

[...]

II – a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

[...]

Assim, o aproveitamento dos créditos de ICMS que não se enquadram nas restrições acima independe da espécie de mercadoria adquirida, não importando a sua durabilidade, consumo ou integração ao produto final. Com o mesmo entendimento, renomados juristas se insurgem contra as oposições das leis infraconstitucionais federais e estaduais ao princípio da não-cumulatividade. Entre eles escreve Carraza (1996):

A Constituição, ao aludir à compensação, consagrou a idéia de que a quantia a ser desembolsada pelo contribuinte, a título de ICMS, é o resultado de uma subtração em que o minuendo é o montante do imposto devido, e o subtraendo é o montante do imposto anteriormente cobrado.

[...]

Dai por que – repetimos – são inconstitucionais as restrições ao direito de abatimento do ICMS, contidas em leis ou atos normativos infralegais. Nem mesmo a lei complementar – fora do limitado campo adjetivo e procedimental que lhe reservou a Constituição (art. 155, § 2º, XII, c) – pode criar obstáculos ou de alguma maneira, que foi exaustivamente disciplinado pelo próprio Texto Magno. Com maior razão, devem também os aplicadores do Direito, integral e absoluto respeito ao regime da não cumulatividade do ICMS, constitucionalmente disposto.

Diante de todo o exposto, temos como flagrante a inconstitucionalidade do art. 34, II do Convênio 66/88, por infringir sobremaneira um princípio constitucional, pois ainda que pudesse tratar da hipótese de incidência, o Convênio em questão não teve melhor sorte, na medida em que a descrição que pretendeu dar à hipótese de incidência do ICMS afronta literalmente a atribuição de competência da Lei Maior.

Por conseguinte, a LC n.º 87/96 e a LC 99/00 (artigo 33) são inconstitucionais, pois postergam a data de início de vigência do direito ao crédito de ICMS pela entrada de mercadorias ou bens no estabelecimento de contribuinte, tratando-se de operação tributada, direito esse que a Constituição prevê sem qualquer limitação temporal.

Da mesma maneira a LC 102/00 que, em seu artigo 20 acrescentou limite escritural para o aproveitamento do crédito decorrente de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, devendo atender “a apropriação de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento”; e no inciso II do seu artigo 33, quando limita a entrada do crédito de ICMS decorrente de energia elétrica nos estabelecimentos.

E, por fim, a famigerada LC 114/02, que no inciso I do artigo 33, posterga o direito ao crédito para janeiro de 2007.

Têm-se, portanto, que as limitações impostas aos contribuintes de ICMS pelas diversas Leis Complementares, quanto ao direito de creditamento relativamente a entradas de mercadorias ou bens, tanto para uso ou consumo como para o ativo permanente, ferem o basilar princípio da não-cumulatividade, textualmente inserido em nossa Carta Política.

Pelo aduzido, concluímos que se torna inquestionável a utilização dos créditos de ICMS dos bens de uso e consumo, e do ativo permanente, sendo irrelevante a “origem” dos referidos créditos. Para o creditamento, basta que existam créditos provenientes de operações ou prestações anteriores, não

enquadradas nas restrições constitucionais.

## 5 CONCLUSÕES

A sistemática da não-cumulatividade, de acordo com a dicção constitucional, consiste, sinteticamente, na compensação do imposto devido nas saídas com o mesmo imposto incidente em operações anteriores. O instituto da compensação, assegurado pela Carta Magna, exige que se considere o montante do imposto efetivamente cobrado em todas as operações anteriores, sem qualquer limitação em relação à natureza dos créditos.

As únicas limitações previstas no texto constitucional, para se compensar os créditos, são as que dizem respeito às hipóteses de isenção ou não-incidência, nos termos do art. 155, II, § 2º “a” e “b”.

Vê-se, de plano, que as disposições que vedam o aproveitamento do crédito não têm arrimo constitucional, pois na Constituição não há qualquer restrição, sejam os bens destinadas ao ativo fixo, sejam os bens denominados de uso e consumo.

CONCLUI-SE, então, que o benefício em tela, creditamento do ICMS na aquisição de materiais de uso e de consumo e bens do ativo permanente, é lícito desde a entrada em vigor do atual sistema constitucional tributário brasileiro, ou seja, desde 5 de março de 1989.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- \_\_\_\_\_. Lei Complementar em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n.48, p.84-106, 1989.
-



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1999.

BRASIL. Lei Complementar nº 87/1996.

BRASIL. Lei Complementar n.º 99/99. *Diário Oficial*. Brasília, v. 137, 21 dez., 1999.

BRASIL. Lei Complementar nº 102/2000. *Diário Oficial*. Brasília, v. 138, n. 133, 12 jul., 2000. Seção 1, p.1- 3.

BRASIL, Lei Complementar n. 114/02.

CARRAZZA, Roque Antônio, *ICMS*, 3. ed. rev. ampl. São Paulo : Malheiros, 1996.

CASSONE, Vittorio. *ICMS ; lei complementar nº 87/96*. São Paulo : IOB, [1997]

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O princípio da não-cumulatividade e as operações de transporte nas operações de exportação. *Revista da Associação de Direito Tributário*. Belo Horizonte, v.1, n.1, p.31-48, 1998.

COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. São Paulo: Dialética, 1997.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. São Paulo: Dialética, 1996.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte : Lê, 1991.

ROCHA, Valdir de Oliveira, (coord). *ICMS ; problemas jurídicos*. São Paulo: Dialética, 1996.

## AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

*Ricardo Sérgio Righi\**

### 1 APRESENTAÇÃO

O desafio do estudo das agências reguladoras brasileiras na atualidade, quando se vivencia o fenômeno da sua proliferação no seio da Administração Pública, iniciado com a edição da Lei 9.427 de 26 de dezembro de 1996, instituidora da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e em pleno curso, é assaz estimulante, sem embargo das dificuldades que se apresentam.

Tal instituto, de recente acolhida em nosso ordenamento jurídico, é fruto da Reforma Administrativa iniciada no primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso e significa tentativa de modernização da Administração Pública brasileira. Atende às exigências do modelo gerencial propalado em substituição à Administração Burocrática, tendo por objetivo a busca da eficiência administrativa. Pretende dar nova feição ao Poder político para enfrentar o Poder econômico transnacional.

As agências reguladoras seriam uma resposta à desestatização e conseqüente retirada do Estado de atividades econômicas e prestação de serviços públicos, girando o foco da atuação estatal para o campo da regulação e fiscalização. Dariam, ainda, a segurança demandada por investidores estrangeiros interessados nas concessões de serviço público, objeto da regulação de tais entes.

Todavia, a inexistência de lei específica delineando o contorno jurídico

---

\* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Sete Lagoas.

desses entes reguladores, fazendo com que seu perfil seja definido por cada uma das leis instituidoras, e a origem do instituto no direito norte-americano, cujo sistema jurídico é distinto do direito brasileiro, de matriz notadamente francesa, dificulta sobremaneira o estudo em referência.

Ademais, a natureza jurídica de autarquias especiais, detentoras, por força das leis instituidoras, de maior autonomia em relação à Administração direta, poder normativo e poder de solucionar conflitos, gera desconfiança e questionamentos sobre sua constitucionalidade.

O presente estudo pretende confrontar as agências reguladoras ao ordenamento constitucional brasileiro, buscando seus fundamentos e conformidade com a ordem jurídica pátria. Além do aspecto constitucional, pretende-se apresentar as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Partindo da abordagem do direito comparado, no qual foi buscada inspiração para sua criação em nosso país, sobretudo por meio da análise de tal instituto nos direitos inglês, norte-americano e francês, sem descuidar de trazer informações de outros ordenamentos jurídicos alienígenas, pretende-se colher subsídios para a compreensão dessas autarquias especiais.

Como as agências reguladoras surgiram no ordenamento jurídico brasileiro com a Reforma Administrativa, a abordagem do tema é necessária para a melhor compreensão daquelas. Em seguida, buscar-se-á traçar o panorama dos atuais entes reguladores brasileiros, à luz do direito positivo, para, dessa forma, poder dimensionar a amplitude de sua atuação, e avaliar o desempenho do papel que lhes cabe.

Apresentado o perfil legal desses entes reguladores, seguir-se-á o estudo das características que lhes dão perfil jurídico próprio, embora parcela significativa da doutrina defenda que as agências reguladoras não são novidade

jurídica<sup>1</sup>, mas sim terminologia nova para velho instituto.

Empreender-se-á o estudo da sua natureza jurídica, partindo do conceito clássico de autarquia, passando pelas anteriormente denominadas autarquias especiais, para buscar compreender qual sua atual especialidade, e em que as agências reguladoras distinguem-se das autarquias sem especialização.

Sua independência, que seria melhor identificada como autonomia, será objeto de análise, com especial cuidado para o aspecto da duração do mandato dos seus dirigentes, na hipótese de não serem coincidentes com os mandatos dos chefes dos executivos. Serão objeto de detida atenção os poderes normativo e o de solucionar conflitos, principalmente no que diz respeito à sua convivência com o princípio da separação das funções estatais, em um sistema de freios e contrapesos.

No tocante ao poder normativo e à busca de seu fundamento, com o questionamento quanto à sua caracterização como delegação legislativa - ou representação de parcela do poder regulamentar - esta será permeada da análise de sua consonância ao princípio da legalidade e da repartição das funções estatais, de molde a delinear-se o seu fundamento de validade.

A despeito de sua maior autonomia, o controle exercido sobre as agências reguladoras é de fundamental importância para a garantia da consecução de suas atribuições típicas, tendo especial interesse para o presente estudo, a participação dos administrados em suas atividades e especialmente no exercício do controle dos seus atos e nos destinos da regulação.

---

<sup>1</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello "Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal 'Reforma Administrativa', provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana ('agência')." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 133/134.

Ao final, apresentar-se-ão conclusões calçadas nas premissas levantadas por todo o presente trabalho, questionando-se qual o papel a ser desempenhado pelas agências reguladoras. Pretende-se, também, traçar a atual compreensão do instituto pela Administração Pública, pelos agentes econômicos das atividades reguladas, e principalmente, pelos administrados. Por fim, busca-se apresentar as perspectivas para o instituto no Direito Administrativo Brasileiro.

## 2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO

Em razão da origem do instituto das agências reguladoras no direito anglo-saxônico, é de fundamental importância para o presente estudo a análise da compatibilidade da utilização de subsídios de sistema jurídico distinto do brasileiro.

Muito embora o Direito Administrativo Brasileiro tenha surgido sob a influência predominante do Direito Francês, cuja contribuição para a autonomia desse ramo do Direito é inegável, o Direito Constitucional pátrio muito se assemelha ao modelo americano, a começar pela forma de Estado federada, valendo lembrar que o Estado Francês reveste-se da forma unitária.

Destarte, a abordagem do direito comparado neste trabalho será procedida pela análise do instituto das agências nos direitos inglês e norte-americano, nos quais encontra-se a matriz de tal instituto jurídico, bem como no direito francês, no qual o direito administrativo brasileiro foi buscar sua maior referência.

### 2.1 Direito Inglês

Consoante Odete Medauar<sup>2</sup>, o aparecimento de entes autônomos na

---

<sup>2</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 83



Inglaterra teve início em 1834. Estes eram criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses diplomas legais. Dessa forma, na medida em que fosse editada lei para disciplinar determinado assunto, criava-se um ente para aplicá-la.

Na Inglaterra não há um regime jurídico-administrativo próprio, não havendo consagração dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, como no Brasil e na França. Todo direito é comum, apropriadamente promulgado e legitimado pelo Parlamento, que detém grande poder naquele país.

Antes do surgimento das agências, cuja justificativa encontra-se na necessidade da proteção da atividade regulada das interferências políticas em busca de mais eficiência, as funções governamentais eram organizadas Departamentos. Novas necessidades geravam novos Departamentos, ou a divisão de outros já existentes.

As razões gerais para a criação das agências reguladoras na Inglaterra, são descritas sumariamente por Hague, Mackenzie e Barber, *apud* Craig<sup>3</sup>:

First, there is the 'buffer' theory which sees them as a way of protecting certain activities from political interference. Second, there is the 'escape' theory which sees them as escaping known weakness of traditional government departments. Third, the 'Corson' theory, following Mr. John Corson sees them as used to 'put the activity where the talent was', which might be outside government departments. Fourth, there is the participation or 'pluralistic' theory which thinks it desirable to spread power. Fifth, there is the 'back double theory. This is based on the analogy with a taxi-driver who finds the main streets too busy and therefore uses back streets – what are known to taxi drivers as 'back doubles.' The back double theory is that if governments, local authorities or other bodies find that they cannot do the things they want within the existing structure, they set up new

---

<sup>3</sup> HAGUE, MACKENZIE and BARBER. *Public policy and private interests*, the institutions of compromise. *apud* CRAIG, Paul. P. *Administrative law*. 3rd ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1994. p. 85.

organisations which make it possible to do them. Sixth, the 'too many bureaucrats' view, mainly an American one, suggests that if the public thinks a country has too many civil servants it can set up quasi-non-governmental organisations whose employees are not classified as civil servants.

Segundo Craig<sup>4</sup>, na Inglaterra utiliza-se o termo “agency” para descrever um número de instituições que cumprem funções governamentais sem a tradicional moldura departamental, cujas denominações podem variar, passando por comissão, diretoria, inspetoria, autoridade, serviço, escritório e, até mesmo, agência.

Surgiram da necessidade de se separar a prestação dos serviços de utilidade pública da definição das políticas públicas, no momento em que os tradicionais Departamentos Governamentais depararam-se com a possibilidade da adoção das seguintes medidas: abolição, privatização, terceirização, criação de agências ou a manutenção da situação anterior.

Percebeu-se claramente a opção pela criação de agências reguladoras neste panorama de maior complexidade administrativa, sendo que em outubro de 1.993 já haviam sido criadas 92 agências<sup>5</sup>. Tais mudanças administrativas fazem parte da doutrina do “New Public Management”, que caracteriza-se pela presença de princípios da administração no setor público, padrões para desempenho, controle de gastos, ruptura com a burocracia exagerada, maior competitividade do setor público e disciplina fiscal.

Estes desenvolvimentos apresentam-se como desafios para o Direito Público, na busca pela responsabilidade, susceptibilidade à revisão judicial e normas materiais e processuais apropriadas para a aplicação de tais preceitos.

As agências podem ser classificadas em reguladoras e prestadoras de

---

<sup>4</sup> CRAIG, Paul P. *Administrative law*. p. 85.

<sup>5</sup> CRAIG, Paul P. *Administrative law*. p. 84

serviços. Essas agências executivas prestariam até 95% dos denominados “serviços civis”.

Há agências cujos poderes derivam de estatutos próprios e outras estabelecidas por acordos entre a agência e o Ministério Responsável, denominados “framework agreements”. Tais acordos cobrem muitos tópicos, entre os quais: planos corporativos presentes e futuros objetivos; acordos financeiros; contabilidade e auditoria e detalhamento de políticas de pessoal. São revisitos a cada três anos, mas, caso não sejam cumpridas as metas estabelecidas, o diretor da agência poderá ser removido.

O poder normativo das agências reguladoras na Inglaterra decorre de delegação legislativa. Sem embargo da importância de tal instituto na Inglaterra, a maioria da doutrina reconhece no modelo norte-americano a maior fonte de inspiração para a criação de institutos semelhantes em outros ordenamentos jurídicos por todo o mundo, o que será analisado em seguida.

## 2.2. Direito Norte-americano

Apesar de o direito norte-americano integrar o sistema jurídico da *common law*, de matriz inglesa, cujas principais características, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>6</sup>, são

- a) supremacia do direito comum, a impedir o reconhecimento de privilégios, prerrogativas e poderes discricionários às autoridades administrativas e governamentais;
- b) unidade da lei e da jurisdição para todos, sejam funcionários ou particulares;
- c) existência de um direito comum constituído pelo conjunto dos direitos individuais tal como aplicados e interpretados pelos tribunais,

e do direito brasileiro filiar-se ao sistema de base romanística, assim como os direitos francês, italiano e alemão, é de longa data a influência americana

---

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 35.

sobre o Direito Administrativo brasileiro.

Segundo Caio Tácito<sup>7</sup>, a acolhida no direito anglo-saxão da autonomia do Direito Administrativo foi tardia. O Direito Administrativo norte-americano, em suas origens, confunde-se com a Ciência da Administração. Sua formação deu-se de forma casuística no final do século XIX, como herança do direito britânico, por meio do progressivo exercício do controle sobre as atividades econômicas privadas, ao contrário da França, em que tal disciplina foi estudada sistematicamente desde o início daquele século.

Nos Estados Unidos, a edição de sucessivas leis sobre o controle das atividades econômicas no último quartel do século XIX, desaguou na discussão de sua constitucionalidade na Corte Suprema americana, na qual foi firmada jurisprudência considerando válida a regulamentação de negócios que transcendiam ao puro âmbito privado, por estarem vinculados ao interesse público (“*business affected with a public interest*”). A origem das agências reguladoras nos Estados Unidos em 1.887, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, foi fruto de tal evolução. Ainda segundo Caio Tácito, o precursor dos estudos de Direito Administrativo americano, Frank J. Goodnow, teve influência fundamental junto à escola renovadora da Administração Pública Brasileira, nas décadas de 30 e 40, graças à geração de técnicos de administração do DASP, com formação norte-americana. Todavia, a recepção do sistema norte-americano dá-se pela via da regulamentação das concessões de serviço público no Brasil. Nesse sentido, afirma o já citado Caio Tácito<sup>8</sup>: “É, portanto, acertado notar a presença definida de princípios e normas do sistema norte-americano das “public utilities” na evolução moderna das concessões de serviço público no direito brasileiro.”

Dessa forma, afigura-se equívoca a afirmação de que a influência norte-americana no Direito Administrativo brasileiro é necessariamente negativa,

---

<sup>7</sup> TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 15

<sup>8</sup> TÁCITO, *Op. cit.*, p. 19



por que haveria incompatibilidade entre os sistemas jurídicos; e da mesma forma, enganam-se os que pensam que tal influência é fruto, tão somente, do processo de globalização que experimentamos, sendo certo que a adoção do instituto das agências reguladoras no Direito Brasileiro requer as adaptações necessárias.

Embora o instituto das agências reguladoras tenha sido importado dos Estados Unidos, lá o vocábulo “agência” tem sentido mais amplo, abrangendo, “*qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais*”, nos termos da Lei de Processo Administrativo Americana (Administrative Procedure Act)<sup>9</sup>. Assim, não é exagero a afirmação de que nos Estados Unidos o Direito Administrativo é o direito da agências.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>10</sup>, nesse país existem vários tipos de agências, podendo ser classificadas como reguladoras e não reguladoras. As primeiras detêm poderes normativos delegados pelo Congresso, para baixar normas que afetem os direitos, as liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos, enquanto as segundas seriam prestadoras de serviços sociais, reconhecendo benefícios e ajuda aos desfavorecidos, não submetendo-se ao procedimento regulatório limitador de sua atuação. Todavia, o entendimento jurisprudencial firmado acabou por não aceitar tal distinção, em razão da submissão das agências não reguladoras ao devido processo legal.

Outra classificação utilizada distingue as agências em executivas e reguladoras: “executive agency” e “independent regulatory agency or comissions”, respectivamente. Nas primeiras, seus dirigentes são protegidos por maior estabilidade, só podendo perder seus cargos por razões expressamente pre-

---

<sup>9</sup> No original do “Administrative Procedure Act” em inglês: “AGENCY.—“Agency” means each authority (whether or not within or subject to review by another agency) of the government of the United States other than Congress, the courts, or the governments of the possessions, Territories, or the District of Columbia.”

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 133-139.



vistas em lei, ao contrário das segundas.

Exercem funções quase-judiciais e quase-legislativas, já que editam normas e dirimem determinados conflitos de interesse, apontando o direito aplicável à espécie. O poder normativo das agências reguladoras decorre de delegação de poderes pelo Poder Legislativo, que, por meio das leis instituidoras das agências, o prevê especificamente e delimita a atuação normativa. Tais funções são objeto de intenso debate, em razão do fundado temor de atentado contra o princípio da separação de poderes, passando as agências reguladoras americanas, segundo a já citada Maria Sylvia Zanella di Pietro, por momento de perda de prestígio.

### **2.3 Direito Francês**

Sem embargo de o direito administrativo francês organizar-se em estruturas hierarquizadas, sob a autoridade de um Ministro, no último terço do século passado, surgiu naquele país institutos semelhantes às agências reguladoras, denominados autoridades administrativas independentes.

Embora já houvesse em França instituições administrativas com acentuadas garantias de independência, como os júris de exames ou de concursos e as comissões departamentais de reconstituição de terrenos desmembrados, a categoria das autoridades administrativas independentes configura-se inovação no ordenamento jurídico francês.

As autoridades administrativas são de grande diversidade, em parte por causa da sua existência antes mesmo da sua categorização como novo instituto de direito administrativo. O delineamento de seu conceito deu-se paralelamente à constituição de novas instâncias, pela atribuição de poderes e garantias. Todavia, a partir de uma definição abrangente, é possível traçar o panorama geral dessas autoridades e buscar sua inserção na estrutura administrativa.

Podem ser definidas como instituições criadas por lei, fora das estruturas administrativas tradicionais, dotadas de autonomia, sem personalidade jurídica, cujo objetivo é regular atividades econômicas em determinada seara. São classificadas segundo sua atuação na regulação de atividades econômicas, ou na proteção dos direitos dos cidadãos.

Segundo Michel Gentot<sup>11</sup>, para uma melhor definição dessas autoridades é preciso ter em vista as missões a elas assinaladas por lei:

[...] assegurar a regulação de atividades desenvolvidas em um ambiente de liberdade; proteger os administrados contra os riscos do arbitrário; fazer respeitar os novos direitos à transparência e à informação pluralista; avaliar de maneira independente o funcionamento de certos serviços públicos.

As autoridades administrativas independentes não estão previstas expressamente na Constituição francesa, tendo sido superada, pela interpretação do Conselho Constitucional, a compatibilidade daquelas com o artigo 20 do texto constitucional francês, entendendo tal Corte não haver obstáculos para a criação dessas autoridades, por meio de sucessivas decisões<sup>12</sup>. Foi, ainda, reconhecida às autoridades administrativas a possibilidade de a lei conferir-lhes um poder regulamentador de alcance limitado, subordinado às leis e aos decretos.

Tais autoridades encontravam-se subordinadas, em geral, à jurisdição administrativa; todavia, quando realizada regulação da economia, o legislador francês estendeu a competência da autoridade judiciária.

Diante da proliferação de tais autoridades na França, grande é a preocupação

---

<sup>11</sup> GENTOT, Michel. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris : Montchrestien, 1991. p. 16-17.

<sup>12</sup> Tais manifestações deram-se no bojo das decisões sobre a Comissão Nacional da Comunicação e das Liberdades (18 de setembro de 1986), o Conselho da Concorrência (23 de janeiro de 1987), o Conselho Superior do Audiovisual (17 de janeiro de 1989) e a Autoridade de Regulação da Telecomunicações (23 de julho de 1996).

sobre o equilíbrio entre esses novos entes e as demais instituições políticas e administrativas. Segundo o Conselheiro de Estado Bernard Stirn<sup>13</sup>:

Se por um lado integraram-se bem até agora no conjunto constitucional e administrativo, as autoridades administrativas independentes não podem desenvolver-se indefinidamente sem gerar problemas de equilíbrio tanto em relação às autoridades políticas (Parlamento e Governo) quanto às outras instituições administrativas.

Assim, desde que respeitado o foco de atuação das autoridades administrativas independentes, sem o desenvolvimento excessivo destas, vislumbra-se a convivência equilibrada com o conjunto do aparelho administrativo francês.

### 3 AGÊNCIAS REGULADORAS NA REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

O estudo das agências reguladoras brasileiras pressupõe a análise da Reforma Administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que instituiu novo modelo organizacional de Estado, associada ao processo de reforma deste, iniciado nos anos 90. Este trabalho não comporta análise detida do complexo processo de evolução pelo qual passou e passa o Estado brasileiro, sendo certo que apenas de passagem abordar-se-á tal tema, para nele situar as agências reguladoras brasileiras.

O crescimento da estrutura estatal no Estado do Bem-Estar surgido no final do século XIX na Alemanha de Bismarck, com a criação da burocracia, em que se privilegiava o controle dos processos de trabalho, ocorreu em substituição ao Estado Liberal, que restringia-se a um pequeno núcleo estratégico no exercício das funções típicas do Estado. O crescimento do Estado Social

---

<sup>13</sup> STIRN, Bernard. *As autoridades administrativas independentes: images de la France*.

13 outubro 2001. p. 1-5. Disponível em:

<<http://www.france.org.br/abr/imagesdelafrance/autoridades.htm>>. p. 5

(causado pelo aumento de suas atribuições, que alcançavam a prestação de serviços e atividades econômicas, bem como de suas atividades interventivas), aliado à forma burocrática de organização e os altos gastos públicos, levou à ineficiência da atuação estatal, e à crise do modelo estatal em vigor, verificando-se a necessidade de mudanças.

Mais do que a crise do Estado, vivemos um estágio de evolução deste, processo cíclico relacionado à ordem econômica correspondente<sup>14</sup>, em razão do complexo processo de globalização econômica<sup>15</sup>, em que o poder político necessita de nova estrutura para confrontar o poder econômico, representado pelas empresas transnacionais, cujos capitais circulam por todo o globo. Arthur José Almeida-Diniz<sup>16</sup> assevera que esse processo de globalização econômica é fruto do ciclo histórico cujo início remonta à era das grandes navegações portuguesas, sendo que a geo-política atual é fruto da expansão européia do século XV

Segundo Bresser Pereira<sup>17</sup>, a reforma do Estado envolve quatro problemas

---

<sup>14</sup> Segundo Marcel Bursztyn: "Na realidade, Estado e economia são duas instâncias diretamente associadas e interdominantes. Suas transformações resultam de relações de causa e efeito entre os mesmos; e a essência de tal processo evolutivo se situa na própria natureza dessa articulação: por um lado, a estrutura de poder político, materializada no aparelho de Estado, representa uma forma de exercício de uma autoridade externa a cada cidadão, sobre o conjunto da sociedade; por outro, essa estrutura, que se transforma segundo imperativos da evolução da economia, necessita dispor de sucessivos mecanismos que permitam seu reconhecimento enquanto autoridade." BURSZTYN, Marcel. Introdução à crítica da razão desestatizante. *Revista do Serviço Público*. [s.l.], ano 49, n. 1, p. 141-163. jan./mar.1998. p. 143

<sup>15</sup> Segundo José Eduardo Faria, globalização, basicamente, é uma "integração sistêmica de economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de forma cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional [...]". FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 52

<sup>16</sup> ALMEIDA-DINIZ, Arthur José. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1997. p. 18

<sup>17</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle* [s.n.t.]. Trabalho apresentado à segunda reunião do Círculo de Montevidéu. Barcelona. 25-26 de abril de 1997.



independentes que podem ser distinguidos em: (a) a delimitação do tamanho do Estado; (b) a redefinição do papel regulador do Estado; (c) a recuperação da governança, ou seja, da capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e (d) o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar.

As soluções buscadas, que sinteticamente se consubstanciariam em definição precisa dos objetivos do administrador, com a autonomia deste na gestão dos recursos humanos e financeiros disponíveis, controle posterior dos resultados, e a descentralização e redução dos níveis hierárquicos, com a participação da iniciativa privada, levariam a uma Administração Pública mais eficiente, serviços públicos bem prestados e o reequilíbrio das contas públicas.

As agências reguladoras apresentam-se como solução ao problema estabelecido da redefinição do papel regulador do Estado, em que este atuaria subsidiariamente. Com a privatização, em sentido amplo, e a conseqüente diminuição da atuação do Estado na economia, tornou-se imperativa a atuação estatal na regulação das atividades econômicas e serviços públicos transferidos aos particulares, papel desempenhado pelas agências reguladoras. Esta, como as demais medidas, visam ao fortalecimento do Estado, pela sua reconstrução; e não ao seu enfraquecimento.

#### **4 DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

Como já referido, o texto constitucional brasileiro de 1988, nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, previu a criação de órgãos reguladores, referentes às telecomunicações e ao monopólio do petróleo, respectivamente. Entretanto, não há menção ao termo “agência” na acepção que as leis instituidoras das agências reguladoras, a seguir elencadas, utilizaram. Pelo contrário.

Da Constituição da República consta o vocábulo “agência” em dois momen-



tos. No artigo 165, § 2º, há referência às agências financeiras oficiais de fomento; e no artigo 522, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, há menção às agências de instituições financeiras.

As leis instituidoras das várias agências criadas não seguiram um modelo comum, não sendo, portanto, a comparação entre elas sempre válida. Entretanto, há semelhanças a serem apontadas. Este trabalho não pretende desenvolver a árdua tarefa de descer às peculiaridades da legislação afeta às agências reguladoras, fazendo menção às leis instituidoras e aos órgãos reguladores criados até o momento, tão somente para demonstrar o acelerado ritmo de criação destes órgãos que acometeu a Administração Pública brasileira.

Atualmente, o rol de agências reguladoras federais e leis instituidoras é o seguinte: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427 de 26/12/96, com regulamento expedido pelo Decreto nº 2.335 de 6/10/97; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472 de 16/07/97, Decreto nº 2.338 de 7/10/97); Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478 de 06/08/97, Decreto nº 2.455 de 14/01/98); Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782 de 26/01/99, Decreto nº 3.029 de 16/04/99); Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961 de 28/01/00, Decreto nº 3.327 de 05/01/00); Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984 de 18/07/00); Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei 10.233 de 05/07/01).

Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.846/00 que previa a criação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Todavia, em desrespeito ao artigo 37, XIX, que dispõe que somente por lei específica poderá ser criada autarquia, foram criadas agências reguladoras e agências de desenvolvimento, com natureza jurídica autárquica, por meio de medidas provisórias. Por meio desse expediente, foi criada a Agência Nacional de Cinema – ANCINE (Medida Provisória 2.228-1 de 06/09/01), com atribuições de regulação e fiscalização e as seguintes agências de desen-

---

volvimento: Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE (Medida Provisória nº 2.156-5 de 24/08/01); Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA (Medida Provisória nº 2.157-5 de 24/08/01)<sup>18</sup>.

No estado de Minas Gerais foi criada, pela Lei Estadual nº 12.999 de 31/07/98, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais – ARSEMG, tendo sido o Rio Grande do Sul o pioneiro na criação de órgãos reguladores no âmbito dos Estados membros, pela Lei Estadual nº 10.931 de 09/01/97 (depois alterada pela lei 11.292 de 23/12/98), instituído- ra da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS.

Também foram criados órgãos reguladores em outros Estados da Federação. São eles: Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA (Lei Estadual nº 7.314 de 19/05/98 e Decreto Estadual nº 7.426 de 31/08/98); Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Ceará – ARCE (Lei Estadual nº 12.786/30/12/97); No Estado do Pará, a Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos – ARCON (Lei Estadual nº 6.099 de 30/12/97); Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP - RJ (Lei Estadual nº 2.686 de 13/02/97); no Estado de São Paulo, a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE (Lei Complementar nº 833 de 17/10/97).

Diante das dimensões continentais do país, é quase impossível fazer o inventário completo das agências municipais existentes, todavia, tem-se notícia de pelo menos uma, no Estado do Espírito Santo, a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento do Município de Cachoeiro do

---

<sup>18</sup> No tocante à ADA e a ADENE, importa salientar que estas agências foram criadas para substituir a SUDAM (Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia) e a SUDENE (Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste), que foram extintas por conta de denúncias de corrupção no seio da primeira, o que demonstra a sanha criatória de agências como solução para todos os problemas da Administração Pública, a começar pelo da corrupção, como se não fosse a impunidade o seu maior causador.

Itapemerim – AGERSA, instituída pela Lei Municipal nº 4.798 de 14/07/99.

## 5 NATUREZA JURÍDICA

As agências reguladoras foram criadas sob o gênero de autarquias, componentes da Administração Indireta, previstas pelo artigo 37 da Constituição. São vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade. Todavia, segundo as leis criadoras de tais órgãos reguladores, estes não são autarquias comuns, mas sim qualificados como especiais, detentores de maior independência em relação ao Poder Executivo e à especialidade de suas funções.

Para Carlos Ari Sundfeld<sup>19</sup>, um dos autores do anteprojeto de Lei da ANATEL, a roupagem autárquica das agências reguladoras deve-se à necessidade de escapar de possível censura do Supremo Tribunal Federal, que em recente decisão, no julgamento da ADIn 1.717-6, considerou fundamental para o exercício de autoridades públicas a natureza da personalidade pública.

O presente estudo abordará o instituto das autarquias em sua generalidade, para, posteriormente, buscar nas agências reguladoras qual ou quais especialidades as distinguem das demais.

Segundo a definição do artigo 5º, I, do Decreto-Lei nº 200 de 25/02/1.967, autarquia é:

[...] o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades próprias, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão *administrativa e financeira descentralizada*.

Tal conceito é seguido da crítica da doutrina, pela ausência de seu traço

---

<sup>19</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26.

definidor, qual seja, de sua personalidade de direito público. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>20</sup> entende ser infeliz o conceito oferecido pelo Decreto-Lei 200/67, não tendo valor como definição, por não permitir ao intérprete identificar a natureza autárquica da figura legalmente identificada, uma vez que não faz menção ao seu referido traço de maior relevância.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>21</sup>, autarquias são: “entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.” Já Maria Sílvia Zanella di Pietro<sup>22</sup> conceitua autarquia como: “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.”

Dos conceitos apresentados pela doutrina, é possível retirar as características distintivas das autarquias, quais sejam: a criação por lei; a personalidade jurídica de direito público; a capacidade de auto-administração; a especialização dos fins ou atividades; e a sujeição ao controle ou tutela.

Segundo Odete Medauar<sup>23</sup>, a expressão “autarquias especiais” não é novidade trazida pelas leis instituidoras das agências reguladoras, não sendo, sequer, novidade no Direito Administrativo Brasileiro, tendo sido utilizada pela primeira vez na Lei nº 5.540 de 28/11/1968, para indicar uma das formas institucionais das universidades públicas, sem que, contudo, as tenha distinguido das demais autarquias.

Destarte, um dos desafios do estudo das agências reguladoras é identificar quais especialidades as distinguem das demais autarquias; e em que medida tal distinção significa assumir a negação da autonomia das autarquias sem especialidade; ou até mesmo a assunção de que tal autonomia, tanto das

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 122-123.

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 300.

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 355.

<sup>23</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 81.



autarquias em geral quanto das agências reguladoras, é meramente nominal.

Neste tocante reside grande parte das controvérsias sobre o instituto das agências reguladoras, objeto de intenso debate, ainda que incipiente na doutrina e em nossos tribunais. Dessa forma, adotou-se o corte metodológico de abordar os traços característicos desses entes reguladores em separado, para sua melhor compreensão.

## **6 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS**

São as leis criadoras das agências que determinam suas especialidades, havendo, assim, traços de especialidade em uma agência que se comunicam com outras. Dessa forma, a noção da especialidade de cada ente regulador está atrelada à sua lei instituidora. Todavia, o traço distintivo, característico de sua especialidade, em oposição à concepção clássica de autarquia, estaria representado nos privilégios conferidos, ampliativos de sua autonomia.

Importa salientar que independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira são da natureza de qualquer autarquia, não sendo possível caracterizar a especialidade das autarquias por esses elementos. Dessa forma, os traços distintivos das agências reguladoras, seriam, em linhas gerais, a sua maior autonomia, denominada independência, em relação ao Poder político instituidor e à especialidade de sua atuação.

Caracterizam, ainda, as agências reguladoras, suas competências normativa e de solucionar conflitos entre os usuários e prestadores de serviço público ou de atividade econômica; e ainda entre esses últimos. Tais aspectos serão abordados a seguir com mais detença.

### **6.1 Autonomia**

A utilização da expressão “independência” para caracterizar maior autono-



mia conferida às agências reguladoras representa utilização de expediente retórico para acentuar a sua relação com o Poder Executivo. Segundo Carlos Ari Sundfeld<sup>24</sup>, essa independência representou oferecimento de segurança a investidores estrangeiros interessados em participar do processo de privatizações levado a efeito pela Reforma Administrativa.

Muito embora cada lei instituidora das agências reguladoras possa estabelecer características distintas de autonomia, com já abordado alhures, essa independência consubstanciar-se-ia, principalmente, na existência de maior estabilidade dos seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato e pela impossibilidade de interposição de recurso administrativo ao Ministério ao qual esteja relacionada a agência.

Todavia a questão da duração dos mandatos dos diretores das agências, não coincidente com os mandatos dos chefes dos executivos e sua estabilidade, é controversa e questionável. Sem embargo do perfil de autonomia política pretendida com a criação das agências reguladoras, não é admissível que a legitimidade dos mandatos dos chefes dos executivos, permeada pela proposta ideológica vencedora das eleições e, portanto, expressão da vontade popular, seja maculada pela invasão da concepção política do governo anterior, remanescendo com os dirigentes das agências reguladoras.

Não advoga-se a possibilidade da demissão *ad nutum* dos diretores das agências, todavia, após findo o mandato do Chefe do Poder Executivo que os nomeou, não subsistiria a estabilidade provisória daqueles, já que, não fosse assim, haveria afronta ao princípio democrático, fazendo com que um governo se prolongasse no tempo. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>25</sup> sustenta que a estabilidade restringe-se ao mandato em que foram nomeados, e assevera:

---

<sup>24</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: *Direito administrativo econômico*, p. 24.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 136.

Questão importante é a de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se além de um mesmo período governamental.

Parece-nos evidentíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do governo precedente.

Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da ANATEL é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha dos novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo.

Destarte, não é admissível a negativa do princípio Republicano sob a alegação de que é preciso conferir maior autonomia aos entes reguladores. A reestruturação do Poder político, necessária frente a um novo poder representado pelas grandes corporações supra nacionais, que superpõem-se aos Estados Nacionais, é imperativa. Todavia, não se pode tolerar lesões aos direitos democráticos adquiridos.

## 6.2 Poder Normativo

Questão das mais controversas no tocante às agências reguladoras é a do seu poder ou competência normativa. O cerne da questão encontra-se primeiro, em verificar a possibilidade da detenção de tal competência pelos entes reguladores; e no caso de resposta afirmativa a esse questionamento, se estamos diante da hipótese de delegação legislativa (como nos Estados Unidos e Inglaterra) ou de poder regulamentar.

Os detratores do Poder ou competência normativa o questionam por violação

a dois princípios jurídicos, o do monopólio do poder regulamentar pelo Presidente da República e o da proibição constitucional de delegar poderes, corolário da separação de funções estatais, o que ainda será abordado neste trabalho.

Todavia, não há como abordar tal tema sem mencionar a submissão da Administração Pública como um todo (e não só das agências reguladoras) ao princípio da legalidade, constitucionalmente previsto pelo artigo 5º, II, cujo enunciado versa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Além do citado dispositivo constitucional e guardando com ele harmonia, o artigo 84, IV, em referência à competência do Chefe do Poder Executivo para expedir decretos e regulamentos, aponta que suas emissões destinam-se à fiel execução das leis.

Tais artigos atendem aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, consubstanciando-se o referido princípio da legalidade da Administração Pública, também referido expressamente no *caput* do artigo 37 da Carta Política de 1988. Dessa forma, vê-se também assegurado o princípio da garantia da liberdade como regra, em benefício da autonomia da vontade.

Daí a preocupação de verificar-se a possibilidade do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras, tendo em vista a impossibilidade de expedição de disposições de caráter legislativo, para evitar-se, dessa forma, afronta ao princípio da separação das funções estatais, erigido no benefício da coletividade.

#### **6.2.1. Hipótese de delegação legislativa**

A delegação legislativa é forma de delegação de poderes, por meio da qual há uma transferência da função legislativa, atribuída constitucionalmente ao Poder Legislativo, a outros órgãos, principalmente ao Poder Executivo, para o exercí-

cio daquela por este, de maneira temporária e excepcional, sendo certo que o legislador não renuncia à sua competência, apenas permitindo ao órgão que recebeu a delegação, o seu exercício dentro das diretrizes estabelecidas por esta, que exigem conteúdo certo e determinado. Tal delegação é precária, pois caracteriza-se pela possibilidade de ser retomada pelo delegatário a qualquer tempo.

A regra da indelegabilidade decorre da concepção tradicional da separação de poderes. Nesta, o poder é exercido em nome do povo, não sendo lícito transferir o que não se titulariza, devendo a lei ser elaborada por um órgão de representação popular, muito embora não haja vedação constitucional expressa à delegação de poderes.

Leila Cuéllar<sup>26</sup> sustenta que parcela da doutrina entende desnecessária a menção expressa à vedação da delegação de poderes, já que esta decorreria de outras regras e princípios constitucionais, tais como os princípios da separação de poderes e da representação política. Tal posição também busca respaldo no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a revogação de todas as normas delegadoras de competência normativa, somente sendo aceita a delegação nas hipóteses excetuadas pela Constituição.

Todavia, a acima mencionada autora defende outra interpretação do princípio da separação de poderes, consentânea à evolução econômica, social, cultural e constitucional, citando como exemplo a realidade de outros países em que tal delegação é hoje uma realidade, em resposta às crescentes necessidades do Estado Social e do perfil do Poder Legislativo.

Comentando o artigo 36, § 2º da Constituição da República de 1946, o qual dispunha que “é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições”, Afonso Arinos de Melo Franco<sup>27</sup> denunciou com lucidez a inspiração política daquela

---

<sup>26</sup> CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 113

<sup>27</sup> MELO FRANCO, Afonso Arinos de. Diário do Congresso Nacional de 24-02-1959, p. 1.296 *apud* TÁCITO, Caio. *As delegações legislativas e o poder regulamentar*. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 507.

medida constitucional:

Este artigo não é senão a explosão de um recalque antiditatorialista da Assembléia Constituinte, não é senão o gesto de revide desta Casa, fechada traiçoeiramente a 10 de novembro pelo ditador. Este artigo não tem significado econômico, este artigo não tem sequer significado jurídico. Ele não é se não a manifestação de uma condenação política, ele não é se não o protesto da consciência legislativa nacional em face das ameaças da espada ou da ditadura.

Embora tal assertiva refira-se à ordem constitucional de 1946, ajuda sobremaneira a compreender os contornos de tal vedação, cuja extensão, segundo Caio Tácito, leva ao anacronismo, citando a advertência de Hermes Lima<sup>28</sup>, emitida na própria Assembléia Constituinte, de que “ninguém pode governar sem funções delegadas”.

Ainda que se admitam outras possibilidades de delegação legislativa que não as expressamente arroladas na Constituição, importa assegurar que aquelas são sempre condicionadas e limitadas, evitando-se abusos por parte do Poder Executivo, prevendo limites e formas de controle.

Dessa forma, em razão da natureza jurídica da delegação legislativa, suas precariedade, excepcionalidade e submissão a controle por quem realizou a delegação apresentam-se incompatíveis com as agências reguladoras, já que estas, nesses termos, estariam subordinadas ao Poder Legislativo que as poderiam extinguir caso exorbitassem da delegação. Destarte, o princípio da separação dos poderes não apresenta-se como o maior motivo da incompatibilidade dos entes reguladores autônomos com o instituto da delegação legislativa.

---

<sup>28</sup> LIMA, Hermes. Diário da Assembléia de 17-08-1946, p. 4.176 *apud* TÁCITO, Caio. *As delegações legislativas e o poder regulamentar*, p. 507.



### 6.2.2 Hipótese de competência regulamentar

Não há consenso na doutrina sobre a competência para o exercício do poder regulamentar, havendo autores que sustentem a inexistência de exclusividade do Presidente da República e dos Ministros de Estado para expedir decretos, regulamentos e instruções para fiel execução das leis, apesar do disposto nos artigos 84, IV e 87, II, da Constituição da República.

Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>29</sup> entende que o poder regulamentar é exclusivo do Presidente da República, *que “detém competência privativa indelegável”*, por não haver separação entre a Administração Pública e o Poder Executivo, estando aquela organizada de tal forma que o Chefe do Poder Executivo é dela parte integrante. O mesmo entendimento é esposado por Hely Lopes Meirelles<sup>30</sup>, segundo o qual o poder regulamentar:

[...] é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para a sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre a matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Poder Executivo (Constituição da República, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

Outros autores entendem, entretanto, não ser o rol apresentado pelo texto constitucional exaustivo, havendo outras entidades da Administração Pública autorizadas a expedir regulamentos. Consoante San Tiago Dantas<sup>31</sup>:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. p. 143.

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 106/107

<sup>31</sup> DANTAS, F. C. San Tiago. Poder regulamentar das autarquias: problemas de direito positivo. Rio de Janeiro: Forense, 1953. apud CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. p. 117

República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força da delegação de poderes, para outros órgãos eventualmente mais aptos por se acharem em contacto imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão.

Segundo Caio Tácito<sup>32</sup>, “Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar.”

O mesmo autor<sup>33</sup> sustenta que o poder regulamentar do Presidente da República não esgota o poder normativo da Administração Pública: “Se o poder regulamentar é em princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional, nada impede – antes em determinadas circunstâncias aconselha – possa a lei habilitar outras autoridades à prática do poder normativo”.

Dessa forma, sem deixar de mencionar divergência na doutrina, é reconhecido o poder regulamentar das autarquias, e via de consequência, das agências reguladoras, autarquias especiais integrantes da Administração indireta.

Sem adentrar nova polêmica, a da existência de regulamentos autônomos no direito brasileiro, procuraremos encontrar, sinteticamente, os limites e o conteúdo do poder regulamentar. Deverá o regulamento encontrar sua moldura formal e material na lei e na constituição. Outra limitação decorre da aplicação do princípio da tipicidade ao Direito Administrativo, não sendo admitida a criação de normas cuja edição pressuponha processo legislativo

<sup>32</sup> TÁCITO, Caio. *As delegações legislativas e o poder regulamentar*. p. 510

<sup>33</sup> TÁCITO, Caio. Comissões de valores mobiliários: poder regulamentar. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v.2, p. 1079

específico, bem como competência constitucional legislativa.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>34</sup>, apresenta limitações de ordem externa e interna às funções reguladoras das agências. As limitações de ordem externa, são aquelas que subordinam ao sistema jurídico, com o qual deve estar em consonância e atinge qualquer ato normativo, legislativo ou não. Isso significa que as normas das agências devem harmonizar-se não só com o ordenamento superior hierarquicamente, mas também com as equiordinadas. Já as limitações de ordem interna são as que submetem a norma delegada aos padrões formais e materiais determinados pela norma delegante.

### 6.3 Competência Para Solucionar Conflitos

É possível incluir entre as características das agências reguladoras, a competência para dirimir conflitos de interesse entre os poderes concedentes, concessionários e usuários do serviço público, por exemplo.

Sem embargo das peculiaridades da natureza de cada objeto de regulação, além dos outros objetivos já abordados, as agências reguladoras devem promover o julgamento das questões controversas postas ao seu encargo, por meio da arbitragem, bem como aplicar medidas sancionatórias.

Não é possível, entretanto, simplesmente importar o modelo americano, cujos conceitos de “quase-judicialidade” e de “discrecionalidade técnica”, não se aplicam, sem adaptação, ao nosso sistema jurídico. O referido modelo confere às agências o poder quase judicial de dirimir conflitos, envolvendo esfera de discricionariedade de natureza técnica, afastando a sindicabilidade judicial, que restringir-se-ia à seara da legalidade.

Todavia, guardada a discussão sobre a discricionariedade técnica para outro momento, não comportando este trabalho a abordagem de tal tema, resta ina-

---

<sup>34</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 167/169

balado o princípio da inafastabilidade do controle judicial, expresso pelo artigo 5º, XXXV, sendo certo que não há independência das agências em relação ao Poder Judiciário.

## 7 CONTROLE

Embora sejam denominadas independentes, não é possível afirmar que tal independência seja absoluta, uma vez que as agências são submetidas à intervenção da Administração Central nas searas econômica e financeira, assim como na sua própria constituição, já que os seus diretores são nomeados pelo Presidente da República, sendo certo que há controle reflexo e pontual, por parte do Poder Executivo.

O controle exercido sobre as agências reguladoras não difere substancialmente daquele exercido sobre as autarquias sem especialidade ou em sentido estrito. Nesse sentido, sobre as autarquias sem especialização, assevera Odete Medauar<sup>35</sup>: *“Produto de autêntica descentralização administrativa, visto que desempenha atividades antes executadas pelo poder central, sujeita-se ao controle deste.”*

Tecer-se-ão breves comentários sobre o controle da Administração Pública em suas generalidades, para, só então, abordar o controle sobre os entes reguladores.

Controle Administrativo é conceituado por Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>36</sup> como “o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública em sentido amplo, exerce sobre a própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.”

Sua finalidade imediata, consoante Odete Medauar<sup>37</sup>, “expressa-se no respeito

---

<sup>35</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 70.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 577.

<sup>37</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. p. 66

do Direito e na salvaguarda do interesse geral”, e há de ser executado tendo em vista a legislação em vigor, as normas jurídicas (aí incluídos os princípios) e, sobretudo as normas constitucionais.

Além dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, este último inserido pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, consagrados expressamente pelo art. 37 da Constituição da República de 1988. Também a motivação pode ser entendida como princípio expresso da função administrativa, por meio da interpretação sistemática do texto constitucional<sup>38</sup>.

Outro princípio consagrado implicitamente é o da razoabilidade das decisões, pelo qual tenha-se de inferir a congruência lógica entre a atuação administrativa e a necessidade invocada, também submetida ao controle da legalidade.

Consoante Lúcia Valle Figueiredo<sup>39</sup>:

[...] claro está que, dos princípios cardeais, haver-se-á de inferir outros, decorrentes necessariamente dos primeiros. Há de se falar, pois, dos princípios da boa-fé e da lealdade. Mister, também referir os sobreprincípios, segurança e certeza do direito. Quanto a estes últimos - segurança e certeza do direito - são, na verdade, razão última da existência do próprio direito.

O texto constitucional estabelece os tipos de controle sofridos pela Administração Pública, considerada em sentido amplo, isto é, não só os órgãos do Poder Executivo como também os órgãos dos outros poderes quando exerçam função tipicamente administrativa.

<sup>38</sup> Sobre a interpretação sistemática do direito ver: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>39</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 9-10.



Tal controle pode ser interno, exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo (de ofício ou motivado pelo administrado) e externo, por órgãos alheios à Administração, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

As agências reguladoras se sujeitam ao controle político na medida em que seus dirigentes são nomeados pelo chefe do Poder Executivo. Também subordinam-se ao controle financeiro em sua modalidade externa, sendo sua execução orçamentária submetida aos Tribunais de Contas, conforme determinação expressa do artigo 70 da Constituição da República.

Ademais, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, positivado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, a atuação das agências está limitada pelo referido controle. Dessa feita, os atos das agências poderão ser revistos pelo Poder Judiciário, que sobre eles exercerá parcela do controle externo da Administração Pública.

Quanto ao exercício do controle popular sobre as agências reguladoras, forma de garantir a participação popular na Administração Pública, nota-se a preocupação do legislador em dotar as leis instituidoras das agências, dos instrumentos necessários à participação da sociedade. Tal participação é observada não só sob o aspecto do controle, mas também como forma de buscar-se a legitimidade do ente regulador.

A previsão da participação da população (seja revestida da condição de concessionário ou permissionário, de usuário dos serviços públicos ou das atividades econômicas desempenhadas) ou de cidadãos nas defesas dos interesses maiores da coletividade, demonstra importante tendência e merece análise detida, a ser enfrentada a seguir em tópico específico.

## **8 PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Em busca do fundamento de legitimidade da competência normativa das

agências reguladoras, soluções foram apresentadas como respostas ao déficit democrático de tais entes reguladores. Ao contrário da doutrina americana (que justifica a legitimidade democrática das agências pela nomeação dos dirigentes pelo presidente da República), que emprestaria a sua legitimidade auferida por meio de sua eleição pelo voto popular, no Brasil a legitimidade dar-se-ia por outras vias.

Há quem defenda que a legitimidade da competência normativa das agências decorra da natureza das atividades que exercem, de caráter especializado e técnico, que por sua importância e relevância é assegurada pelos diplomas legais que as instituíram. Todavia, a presente justificativa da legitimação pela função ainda carece de legitimidade democrática.

A resposta à deficiência de legitimidade pode ser a garantia da participação popular no seio das agências reguladoras, com a adoção dos instrumentos necessários à efetiva interação dos interessados nos rumos da atuação dos entes reguladores, sopesando os interesses do Estado, dos prestadores dos serviços e dos administrados, assim considerados os usuários, para que os interesses dos dois primeiros sujeitos da atuação das agências prevaleçam hegemonicamente. Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>40</sup> afirma que “a função da participação é garantir a legitimidade em todas as fases do ciclo do poder, cobrindo, portanto, as opções e a escolha de quem as faz.”

Como exemplos desses instrumentos de participação dos administrados nos rumos a serem tomados pelas agências reguladoras, encontramos as audiências públicas, o ouvidor (também denominado “*ombudsman*”) a participação da sociedade em conselhos consultivos das agências, além das formas previstas pela Lei 9.784/99, denominada Lei do Processo Administrativo Federal, os quais serão abordados em seguida.

---

<sup>40</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 24.

## 8.1 Audiências Públicas

Audiências públicas, assim como o direito de ser ouvido, são formas de participação direta na Administração Pública. O direito de ser ouvido, relacionado com o direito de defesa, com o princípio do contraditório e com o devido processo legal, encontra-se assegurado constitucionalmente entre os direitos fundamentais, albergados no artigo 5º da Carta Magna Brasileira. Dentre eles, o acesso de todos à informação administrativa, garantido pelo direito de petição (previsto na alínea 'a' do inciso XXXIV) e os princípios do contraditório e do devido processo legal, elencados nos incisos LV e LIV, respectivamente.

As audiências públicas designam uma forma de participação consistente na consulta à opinião pública sobre assuntos de interesse geral. Normalmente procedem a elaboração de normas de caráter geral, em que a apresentação de sugestões pelos interessados pode ser útil para a decisão sobre determinados assuntos de interesse público. Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>41</sup> as conceitua como:

[...] um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.

Embora tal instituto tenha iniciado seu caminho de forma aca-nhada no Brasil, sua adoção por sucessivos diplomas legais tem revelado fortalecimento. Encontra-se previsto constitucionalmente no inciso II do parágrafo 2º do art. 58, que versa a realização de audiências públicas pelas Comissões do Congresso Nacional, com setores da sociedade civil. Também a Lei 8.666/93, em seu artigo 39, subordina a prévia audiência pública à instau-

---

41 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo*. p. 204

ração de processo licitatório quando superam os limites nela estipulados.

Da mesma forma, percorrendo o bom caminho rumo à democratização das decisões da Administração Pública, o parágrafo único do artigo 48 da Lei Complementar nº 101/2000, a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, determina o incentivo à participação popular por meio de audiências públicas, como forma de garantir a transparência durante os processo de elaboração e de discussão dos planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos. No mesmo sentido, o artigo 32 da Lei 9.784/99 (denominada Lei do Processo Administrativo) determina que, a juízo da autoridade, antes da tomada de decisões, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Leis instituidoras das agências reguladoras também prestigiam tal forma de participação administrativa direta. Disciplinam a audiência pública o artigo 21 do Regulamento da ANEEL, o artigo 22 do Regulamento da ANP, o artigo 33 do Regulamento da ANVISA.

No âmbito estadual, no Estado da Bahia, o artigo 8º, III, do Decreto Estadual nº 7.426/98 e, em São Paulo, os artigos 27 e 28 do Decreto Estadual nº 43.835/99, também regulamentam a matéria. Os artigos 67 e seguintes do Regulamento da ANATEL, referem-se à Consulta Pública a respeito das minutas de atos normativos.

Todavia, a tecnicidade dos conteúdos destas audiências, e o monopólio do tempo (pelas explicações dos técnicos das agências e do governo) afastam o popular desses fóruns. Sem falar na baixa escolaridade de parcela esmagadora da população, que interfere na participação qualitativa naqueles.

A participação popular em órgãos de consulta, em órgão de decisão, por meio de *ombudsman* e por via do poder judiciário, são formas de participação indireta na Administração Pública.



## 8.2 Conselhos Consultivos

Surgida nos regimes autoritários, em que os monarcas cercavam-se de conselheiros para tomar decisões, o procedimento da consulta permaneceu nos regimes democráticos, mediante a criação de órgãos consultivos junto à Administração Pública, sob a forma de conselhos, comissões, grupos de trabalho e comitês. Alguns desses órgãos com funcionamento permanente, outros provisórios, mas sempre contando com representantes da sociedade.

A Constituição da República, em seu artigo 89, prevê o Conselho da República. Trata-se de órgão superior de consulta do Presidente da República. Integram-no, como representantes da comunidade, seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos. Tem competência para pronunciar-se sobre intervenção federal, estado de sítio, estado de defesa e outras questões relevantes, para a estabilidade das instituições democráticas. Segundo José Afonso da Silva:<sup>42</sup>

[...] foi inspirado no Conselho de Estado instituído nos arts. 144 a 149 da Constituição da República Portuguesa, e surgiu no bojo da proposta parlamentarista que, tendo caído, o deixou de herança dentro do presidencialismo, com certeza para não merecer a menor atenção do Presidente da República, que, no personalismo do sistema, não costuma consultar senão os seus próprios botões (às vezes).

Há previsão de diversos conselhos na legislação ordinária, como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANAA) e os Conselhos Tutelares municipais, previstos pela Lei 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, alterada pela Lei 8.242/91, bem como o Conselho Federal de Educação, Conselho de Defesa dos Direitos Humanos e os Conselhos Universitários nas instituições federais de ensino superior. No Estado de Minas Gerais também foram criados Conselhos, entre os quais o Conselho Estadual da Juventude e o Conselho Estadual da Mulher. Conselho, segundo definição de Carlos Náufel<sup>43</sup> é “entidade coletiva, com função judicante, consul-

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 644-645.

<sup>43</sup> NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 283.



tiva ou deliberativa.”

A Lei Complementar nº 101 de 04/05/2000, em seu artigo 67, trata da criação de conselho de gestão fiscal, órgão consultivo, uma vez que destinado ao acompanhamento e à operacionalidade da gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades representativas da sociedade. Embora consultivo, como o qualifica o “caput” do artigo, contraditoriamente, seu inciso III lhe confere caráter de órgão central, normativo de um presumível sistema único da gestão fiscal.

Os diplomas legais criadores das agências apresentam possibilidade de participação da sociedade em seus conselhos consultivos, órgãos opinativos em que há representação e participação da sociedade. Tratam da participação de representantes dos usuários ou consumidores e das empresas reguladas em conselhos consultivos das agências reguladoras os artigos 33 e 34 da Lei 9.472/97 e os artigos 7 e 36 do Regulamento da ANATEL; artigos 15 a 17 do Decreto nº 3.029/99; artigo 4º do Decreto Estadual nº 7.426/98, do Estado da Bahia; artigos 24 e seguintes da Lei Estadual nº 12.786/97, do Estado do Ceará.

Todavia, questiona-se a real representatividade de tais conselhos, uma vez que, para assegurar-se tal característica, seria necessário que os seus integrantes fossem eleitos pelo voto popular, de preferência entre quadros estranhos aos integrantes do Poder Público, o que não ocorre sempre.

De fato, tais órgãos de consulta podem desempenhar importante papel, quando suas conclusões são vinculantes para a Administração Pública; e ainda quando isso não aconteça, sendo sua existência apenas formal, continuam sendo importantes para a maior aproximação entre a Administração e o particular.

Outra forma de participação popular indireta dá-se nos órgãos de decisão. Trata-se da chamada cogestão, ou seja da participação do particular em

---

órgãos de decisão da Administração Pública. Alguns exemplos de órgãos de consulta também se enquadram nessa categoria, como ocorre com os Conselhos Tutelares municipais (previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente) e os Conselhos Universitários nas instituições de ensino superior.

Várias hipóteses de gestão democrática estão previstas na própria Constituição. Na seguridade social, na educação, na fixação da política agrícola e na proteção do patrimônio cultural. Tais normas têm caráter programático e sua efetividade depende de medidas posteriores.

### 8.3 Ouvidorias

Consoante Odete Medauar<sup>44</sup>, o surgimento nos últimos tempos de órgãos ou autoridades de controle interno, inseridos na estrutura interna da Administração, com a denominação de Ouvidor ou Ouvidor-Geral, seria uma imitação do instituto de controle denominado de “Ombudsman”.

Reputa-se ser de grande importância a participação popular por meio do *ombudsman*, denominado por Caio Tácito<sup>45</sup> de “o defensor do povo” cujo significado, segundo o “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa – Século XXI – Dicionário Eletrônico” é:

Do sueco *ombud*, ‘representante’, ‘deputado’, + inglês *man*, ‘homem’; substantivo masculino; 1. Nos países de democracia avançada como, por exemplo, a Suécia, funcionário do governo que investiga as queixas dos cidadãos contra os órgãos da administração pública; 2. P. ext. Pessoa encarregada de observar e criticar as lacunas de uma empresa, colocando-se no ponto de vista do público.

Segundo o citado autor, tal instituto teve origem na Suécia, com a

<sup>44</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 453

<sup>45</sup> TÁCITO, Caio. *Ombudsman: o defensor do povo*. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. v.1, p. 849-862

Constituição de 1809, sendo transferido ao sistema de outras nações, inspirando a criação de institutos semelhantes na Finlândia (1919), na Dinamarca (1954), na Noruega em (1952) e na Nova Zelândia (1961). Na Inglaterra e Estados Unidos tem sido cogitada a sua aplicação. O Professor decano de Direito Administrativo da UERJ apresenta o seguinte conceito de *ombudsman*:

Trata-se de um comissário parlamentar, escolhido pelo Poder Legislativo, com atribuições de acompanhar e fiscalizar a regularidade da administração civil ou militar, apreciando queixas que lhe são encaminhadas ou realizando inspeções espontâneas nos serviços públicos. Os seus poderes são limitados, não exercendo competência anulatória nem disciplinar ou criminal, mas, segundo o depoimento dos autores, a sua advertência ou a iniciativa de processos penais contribui, expressivamente, para a contenção dos abusos do poder administrativo.

Órgão de proteção dos cidadãos ligado ao Parlamento, detém uma série de prerrogativas de controle da Administração Pública. Embora designado pelo Parlamento, ele atua com independência e sem muito formalismo. Recebe as denúncias dos administrados mas pode agir de ofício quando toma conhecimento de irregularidades por outros meios. Verificada a irregularidade, não pode reprimir nem anular ou revogar o ato praticado pela Administração Pública.

No Brasil, segundo Maria Sylvania Zanella di Pietro<sup>46</sup>, depois de iniciativas pontuais como as das cidades de Curitiba (que por meio do Decreto 215/86 criou a Ouvidoria Municipal) e São José dos Campos (que por meio da Lei Orgânica do Município criou a figura do Defensor do Interesse Público), a Lei 9.472 de 16 de julho de 1997, instituidora da Agência Nacional de Telecomunicações, trouxe o cargo de ouvidor. Este será nomeado pelo Presidente da República para cumprir mandato de dois anos, admitida uma recondução.

---

46 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Participação popular na administração pública*. p. 36.

Sobre as Ouvidorias, dispõem os artigos 50 e seguintes do Regulamento da ANATEL; o artigo 8º, § 1º, do Regulamento da ANEEL; artigos 25 e seguintes do Regulamento da ANVISA; artigos 18 e seguintes do Regulamento da ANS; artigo 12, II, da Lei Estadual baiana nº 7.314/1.998; artigo 10 do Decreto Estadual cearense nº 25.059/98; e o artigo 6º, III, “a”, da Lei Estadual mineira nº 12.999/98.

#### 8.4 Contrato de Gestão

Outro meio utilizado na busca da participação efetiva da sociedade, é a instituição de contrato de gestão com referência à administração da agência, considerado também instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação de seu desempenho.

Utilizados como forma de ajuste entre vários tipos de entidades estatais e não estatais, na busca pela modernização da Administração Pública, os contratos de gestão são assunto novo no Direito Administrativo Brasileiro, oriundo do direito francês, não definido pelo direito positivo (salvo por leis esparsas que regulam tal instituto, não sendo, ainda, pacífica a doutrina sobre o tema)<sup>47</sup>, nem objeto das decisões dos Tribunais, o que dificulta, sobremaneira o seu estudo.

Tratam do contrato de gestão no âmbito das agências reguladoras, o artigo 7º da Lei 9.427/1.996 e o artigo 20 do Regulamento da ANEEL; o artigo 19 da Lei 9.782/1.999; artigo 12 da Lei 9.961/2.000 e o artigo 35 da Lei Estadual nº 12.999/1.998 de Minas Gerais.

---

<sup>47</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “os ‘contratos de gestão’, não se constituem e *nomen juris* designativo de uma única realidade, mas, pelo contrário, rotulam duas coisas totalmente diferentes(...)”. Afirma, ainda, no que diz respeito aos contratos de gestão realizados entre a Administração direta e as pessoas da Administração indireta, que são “arremedos de contrato, encenação sem nenhum valor jurídico.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 184/185.



## 9 CONSTITUCIONALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Embora não mencione o termo “agências”, a Constituição de 1988 prevê, nos artigos 21, XI e 177, § 2º, III, a criação de órgãos reguladores para os serviços de telecomunicação e petróleo, respectivamente. Assim, embora não haja previsão expressa de criação de outras agências, é cediço na doutrina que a existência de dois órgãos reguladores é evidência da recepção do instituto na ordem constitucional vigente.

Ademais, além da previsão retro mencionada e da ausência de vedação implícita, pode ser erigida em possível interpretação sistêmica, incontroversa a recepção da criação de autarquias pelo artigo 37, XIX, que são, essencialmente, do que se tratam as agências reguladoras.

Todavia, autores do porte de Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>48</sup> apontam ausência de respaldo constitucional a outros órgãos reguladores, salvo os expressamente previstos pela Constituição; e quanto a estes, a regulação restringir-se-ia às matérias respeitantes aos respectivos contratos de concessão, nos termos delineados pela lei.

Além do aspecto da constitucionalidade da criação das agências reguladoras, sobre o qual residem controvérsias reduzidas, busca-se o fundamento na Lei Maior para as atividades desempenhadas por tais entes reguladores, quais sejam: sua independência, poder regulamentar e poder de solucionar conflitos.

Determinando a cabeça do artigo 173 da Carta Política de 1988, que a exploração direta das atividades econômicas pelo Estado só será permitida quando houver necessidade imperativa de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, não cabendo mais atuação direta, resta ao Estado o fomento e a regulação.

Também tem elenco constitucional o papel do Estado de regulador da ativi-

---

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. p. 147.



dade econômica, nos termos do *caput* do artigo 174, que confere o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, funções de fiscalização, incentivo e planejamento. O aspecto da competência regulamentar já foi abordado no item 6.2.2., ao qual fazemos remissão.

Como as decisões do Supremo Tribunal Federal, embora ainda escassas, ajudarão a delinear o perfil das agências reguladoras, serão abordadas em tópico específico.

## 9.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Por tratar-se a disciplina jurídica das agências reguladoras de tema recente no direito brasileiro, são poucas e pontuais as manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre as agências reguladoras, não restando, ainda, consolidado o entendimento do excelso pretório sobre tal instituto.

Todavia, em face do importante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na busca da moldura constitucional das agências reguladoras, as primeiras decisões prolatadas representam sinalização da interpretação a ser adotada, em busca da uniformização dos entendimentos jurisprudenciais.

Proposta por partidos de oposição ao governo federal, a ADIn 1.668-5 questionava dispositivos da Lei nº 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Carlos Ari Sudfeld<sup>49</sup>, sustenta que “no essencial, foi rejeitada a medida cautelar”.

Entretanto, no julgamento dessa medida liminar em 08/10/97, foi suspensa a norma que autorizava regulação, pela agência, de forma diversa da prevista para o procedimento da licitação para outorga da permissão do serviço de telefonia, assim como foi suspensa a eficácia de dispositivo que atribuía à

---

<sup>49</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *Direito administrativo econômico*. p. 20.

ANATEL poderes para realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência (art. 19, XV), por ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição da República.

Na mesma ação declaratória de inconstitucionalidade, fixou-se a exegese de que a competência da ANATEL para expedir normas estaria subordinada aos preceitos legais reguladores da outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações nos regimes público e privado (artigo 19, IV e X). Da mesma forma, restringiu-se a competência do Conselho Diretor da Agência em relação à aprovação das normas próprias de licitação e contratação, ao detalhamento das normas gerais e específicas. O Supremo Tribunal Federal interpretou o artigo 59 da Lei nº 9.472/97, de forma que o rito obrigatório para a terceirização dos serviços da ANATEL; exclusive fiscalização, é o estabelecido pela Lei 8.666/93.

Foram indeferidas cautelarmente: a competência do Poder Executivo para a aprovação do plano de outorgas de serviço prestado em regime público e do plano de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público (artigo 18, II e III), assim como para instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço em regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado. Rechaçado, ainda, o pedido de liminar quanto à redação de dispositivo que restringia a contratação, sob o regramento geral para a Administração Pública, para obras e serviços de engenharia civil (artigo 54, parágrafo único e artigos 55, 56, 57 e 58).

Foi mantida a eficácia de dispositivos que admitiam a exploração dos serviços ligados às telecomunicações concomitantemente nos regimes público e privado (artigo 65, III e parágrafos 1º e 2º, e artigo 66), bem como daquele que estabelece a competência da ANATEL para definir as modalidades de serviço em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou outros atributos (artigo 69).

A cautelar foi indeferida no tocante ao estabelecimento de normatividade diversa estabelecida pelo diploma brasileiro das licitações, Lei 8.666/93,

mantendo-se a eficácia do regramento específico da Lei nº 9.472/97 a respeito da hipótese de dispensa de licitação (artigo 91, parágrafos 1,2 e 3).

Na manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a ADIn nº 1.827, proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra a Resolução nº 1/98 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, foi assentado o entendimento segundo o qual as Resoluções por ela editadas têm a natureza de atos administrativos de efeitos concretos, ainda que possuam efeitos normativos e sejam editados com força legislativa formal, não conhecendo-se da referida ADIn.

No âmbito das agências estaduais, o Estado do Rio Grande do Sul propôs a ADInMC 1.949-RS, apontando vícios de inconstitucionalidade na Lei 10.931, na redação que lhe deu o artigo 1º da Lei Estadual nº 11.292/98, assim como na sua redação original, inclusive por usurpação de competências garantidas constitucionalmente ao Executivo. Foi suspensa a eficácia do artigo 8º da referida Lei Estadual, que determinava a competência da Assembleia Legislativa para destituir os conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS.

## 10 CONCLUSÕES

Sem embargo do fenômeno da proliferação das agências reguladoras encontrar-se em pleno curso, não restando consolidado, embora o ápice do seu espocar tenha sido superado, é possível afirmar que a esperança depositada nestes entes reguladores (de que seriam a solução de todos os problemas da Administração Pública) não é acertada. Todas as possíveis vantagens apresentadas por tais autarquias especiais representam instrumentos para o aperfeiçoamento da estrutura da Administração Pública brasileira, sem, contudo, consubstanciar-se em nenhuma panacéia.

A utilização de instituto cuja origem encontra-se em ordenamento anglosaxão, sistema jurídico bem distinto do brasileiro, revelou a necessidade de

se proceder a inúmeras adaptações, o que acentuou a distância que separa a realidade social do paradigma e do paragonado.

Tais divergências reforçam o argumento de boa parte da doutrina<sup>50</sup> de que o *nomen juris* de agências reguladoras trata-se apenas de modismo para aparentar modernidade, já que os institutos jurídicos no qual se espelharam são apenas vaga referência para as agências reguladoras brasileiras, seja pela origem do poder normativo (que tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra e França, revestem-se de natureza jurídica de delegação legislativa, enquanto no Brasil consubstancia-se em poder regulamentar), ou pelos diferentes substratos de regulação.

Todavia, o que surge de positivo na experiência de criação de agências reguladoras, na busca da reconstrução do atual modelo de Estado, a ser redimensionado para fazer frente ao poder econômico transnacional, é que, nos momentos de crise, são os Estados Nacionais que dirigem o futuro das populações, fazendo frente aos grandes problemas da Humanidade.

Como evidência de tal fato, no momento de crise energética enfrentada pelo país, o órgão regulador do setor, a Agência Nacional de Energia Elétrica, ANEEL, foi obscurecida pela Câmara de Gestão da Crise Energética, galhofeiramente apelidada pela população de “Ministério do Apagão”, que, liderada pelo Ministro de Estado da estrita confiança do Presidente da República, conduziu o processo de enfrentamento do problema, mitigando os problemas ocasionados e afastando o fantasma do desabastecimento.

Curioso nesse tocante, é que o referido Ministro de Estado, sequer era o titular da pasta das Minas e Energia, a qual está vinculada à agência reguladora mencionada, o que representa demonstração de força da Administração direta, que, nos momentos de incerteza, é depositária da confiança da população.

---

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. p. 144. e BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 133/134

Por um lado, tal evidência é auspiciosa, por representar o fortalecimento do Estado Nacional, quando muitos o desejam mínimo, restando evidente que o Estado, independente do tamanho do qual se revista, deve ser, sobretudo, suficiente para atender às necessidades da sociedade.

Dessa maneira, resta evidenciado que o papel destinado às agências reguladoras é importante e deve ser exercido com responsabilidade, sob o olhar vigilante dos demais poderes e da sociedade que sobre elas devem exercer o providencial controle. O que não é admissível é permitir que tais entes reguladores autônomos excedam de suas competências e atribuições em prejuízo da separação das funções estatais e das instituições democráticas.

Não podemos permanecer alheios à realidade de que as agências reguladoras foram criadas por leis e desempenham seus papéis em face da sociedade e da Administração Pública desde dezembro de 1.996, e lá se vão sete anos. Se cumprem suas atribuições ou discrepam delas, é dever de toda a sociedade zelar pelo interesse público, e o primeiro e principal passo é conhecê-las, para com elas bem interagir.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA-DINIZ, Arthur José. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

BURSZTYN, Marcel. Introdução à crítica da razão desestatizante. *Revista do Serviço Público*. [s.l.], ano 49, n.1, p. 141-163, jan./mar. 1998.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CRAIG, Paul P. *Administrative law*. 4th. ed. London: Sweet & Maxwell, 1994.



CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GENTOT, Michel. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris : Montchrestien, 1991.

GORDILLO, Agustín A. *La dministración paralela: el parasistema jurídico-administrativo*. Madrid: Civitas, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14.ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. [s.n.t.]. Trabalho apresentado à segunda reunião do Círculo de Montevideú. Barcelona, 25-26 de abril de 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

STIRN, Bernard. *As autoridades administrativas independentes: imagens de la France*. p. 1-5.

Disponível em: <<http://www.france.org.br/abr/imagesdelafrance/autoridades.htm>>. Acesso em: 13 out. 2001.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, estado, município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v.1 e 2.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v.3.

---

## **DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO: A Implementação De Políticas Econômicas Sustentáveis**

*Romeu Thomé\**

### **1 INTRODUÇÃO**

A proteção do meio ambiente é hoje tema de alta relevância em todo o planeta. O desrespeito do ser humano com o meio em que vive exige da comunidade internacional e dos governantes nacionais atos concretos de preservação ambiental. Internacionalmente, iniciativas como o Protocolo de Kyoto vêm sendo discutidas para que atitudes ambientalmente corretas sejam incentivadas. Todavia, antes mesmo das louváveis intenções internacionais, a implementação de políticas sustentáveis de desenvolvimento econômico são responsabilidade de cada país.

O Brasil, riquíssimo em recursos naturais, possui um dos mais completos arcabouços jurídico-ambientais do planeta. Analisando-se as normas constitucionais e infraconstitucionais, resta clara a consciência do constituinte e do legislador pátrio em relação à importância da preservação da natureza e da relevância das normas jurídicas como instrumento de implementação de uma política econômica sustentável.

O Direito Econômico, disciplina que analisa, dentre outros temas, os modos de intervenção do Estado no domínio econômico, configura-se como ciência jurídica determinante para a compreensão das formas de ingerência estatal nas atividades econômicas potencialmente degradadoras. Não há dúvidas que, para a consecução de uma efetiva proteção do meio ambiente, é necessária a intervenção estatal nas formas de exploração econômica com o

---

\* Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Especialista em Direito Ambiental Internacional pela "Faculté de Droit de Genève", Genebra, Suíça. Professor de Direito Econômico da FEMM

intuito de “incentivar” a utilização de mecanismos ambientalmente corretos por parte dos agentes econômicos públicos e privados.

Ao preconizarem o exercício das atividades econômicas dentro do respeito às leis ambientais (art. 170, VI, da C. R. 88), as normas de Direito Econômico propõem a busca do equilíbrio entre a livre iniciativa e o cumprimento de uma função social pelos agentes econômicos.

## 2 AS NORMAS DE DIREITO ECONÔMICO COMO INSTRUMENTO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA DO ESTADO

As funções do Estado contemporâneo, quais sejam, a de fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica<sup>1</sup>, atuando (intervindo)<sup>2</sup> no domínio econômico, estão constitucionalmente estabelecidas<sup>3</sup> (artigo 174, da CR 88) e são geralmente colocadas em prática por meio das normas de Direito Econômico. Foi isso que se percebeu, como se viu, a partir do surgimento do fenômeno de concentração de empresas, no período entre as duas grandes guerras mundiais. “O Estado tinha que se valer de instrumentos jurídicos adequados para, por seu intermédio, dirigir a nova ordem econômica que se impunha...”<sup>4</sup> O Direito Econômico surge, assim, como o ramo do Direito

<sup>1</sup> VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 287.

<sup>2</sup> Ensina a professora Isabel Vaz (1993, p. 293) que “ao invés de classificar como formas de “intervenção” as funções que o Estado passa a exercer sob o regime da Carta vigente, deveríamos adotar, por mais adequada à nova sistemática, a expressão “atuação”. Pois, conforme o exposto, a intervenção através de exploração direta das atividades econômicas restringe-se às hipóteses previstas no art. 173 e aos monopólios, cujo regime vem explicitando de forma clara no novo Texto.” Não é a mesma a opinião de GRAU: “...toda atuação estatal é, neste sentido, expressiva de um ato de intervenção. O Estado contemporâneo atua, enquanto tal, intervindo na ordem social.” (GRAU, 1995. p. 71). Concordamos com a professora Isabel VAZ, e procuraremos utilizar o termo “atuar”, preferentemente a “intervir”.

<sup>3</sup> Afirma Venâncio Filho (1998. p.41) , que tamanha é a importância das normas constitucionais referentes à intervenção do Estado no domínio econômico que alguns juristas já estudam o denominado direito constitucional econômico.

<sup>4</sup> FONSECA, J. B. L. da. *Direito econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997b. p. 9.



responsável pelo equilíbrio entre os interesses dos agentes econômicos privados e da coletividade.

A norma jurídica se caracteriza, portanto, como um dos principais instrumentos do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.<sup>5</sup> Um dos principais porque a *regulação* pode ser feita por meio de outros instrumentos, como subsídios, incentivos fiscais, e outras incitações de natureza econômica, constituindo o que alguns autores denominam “direito premial”. Esse conjunto de normas é típico do Direito Econômico, por apresentar características peculiares, como o “prêmio”, ou a “recompensa” aos agentes econômicos que manifestarem sua adesão às políticas econômicas concebidas pelo Estado. Como a livre iniciativa não permite ao Estado aplicar punições ao agente econômico que não desejar contribuir para a implementação das políticas públicas, o Direito Econômico apresenta a solução das “sanções premiais”, com o intuito de atrair as empresas para colaborar na consecução dos planos estatais.

Além dessa estratégia, o Estado, atuando indiretamente na economia, pode se valer de outros instrumentos para a regulação.

Para Moreira existem três concepções de regulação:

(a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).<sup>6</sup>

<sup>5</sup> “O direito passa a ser objeto de análises funcionais e não apenas e exclusivamente, estruturais. Supera-se a noção de que a pesquisa da finalidade e das funções do direito seja tarefa monopolizada da Sociologia do Direito; ela faz parte do objeto de indagação do jurista.” (GRAU, 1995, p. 62).

<sup>6</sup> MOREIRA, 1997, p 34-35.

Aqui se entenderá *regulação* como o conjunto de medidas tomadas pelo Estado para implementar políticas econômicas<sup>7</sup>, sejam elas realizadas pelos órgãos reguladores independentes (agências reguladoras) ou não<sup>8</sup>, seja por meio da criação de leis, regulamentos ou portarias (regulamentação), ou até mesmo por incentivos econômicos, como o aumento ou diminuição de impostos para desestimular ou estimular condutas. Regulando, portanto, o Estado intervém na esfera privada de atuação, determinando os rumos de seu comportamento.

Venâncio Filho, para analisar separadamente a intervenção através das normas jurídicas (regulamentação) e a regulação por meio de outros instrumentos utilizados pelo Estado, adota a classificação de Chenot<sup>9</sup>, dividindo o Direito Econômico em dois setores: o Direito Regulamentar, que trata das formas regulamentares da intervenção do Estado, e o Direito Institucional, em que o Estado se transforma em ator da vida econômica.<sup>10</sup>

Chenot, analisando o Direito Regulamentar Econômico, afirma que esse ramo do direito se desenvolveu pelo alargamento da noção de polícia.<sup>11</sup> O poder de polícia era a justificativa doutrinária para a intervenção estatal por meio de leis. Sabemos, entretanto, que atualmente o poder regulamentar não se restringe a possibilitar a manutenção da ordem pública. Ensina o professor Caio Tácito que,

[...] o conceito moderno ultrapassa, porém, as fronteiras conservadoras para reconhecer ao Estado um papel mais amplo e ativo na promoção do bem-estar geral, estabelecendo, não somente

<sup>7</sup> Política Econômica, num sentido abrangente, significa o pré-estabelecimento, pelo Estado, de medidas que visem lhe dar condições de atingir determinados objetivos de natureza econômica. Afirma a professora Isabel VAZ que "em sentido amplo, a política econômica pode ser considerada como um conjunto de ações adequadas dirigidas racionalmente para a obtenção de determinados resultados de natureza econômica em uma comunidade." (VAZ, 1993. p. 195).

<sup>8</sup> SOUTO, 1999. p. 131.

<sup>9</sup> CHENOT, Bernard. Droit public économique In: ROMEUF, Jean (Org.). *Dictionnaire des sciences économiques* Paris: Presses Universitaires de France, 1958. t.1, p. 442.

<sup>10</sup> VENÂNCIO FILHO. *Op.cit.*, p. 77.

<sup>11</sup> CHENOT, Bernard. *Op. cit.*, p. 442.

no tocante à ordem pública, mas sobretudo no sentido da ordem econômica e social, normas limitadoras da liberdade individual que se exercem, em grande parte, por meio do poder de polícia".<sup>12</sup>

A evolução do papel do Estado se traduziu pela proliferação de regras e instituições, que aos poucos foram se tornando importantes, absorvendo grande parte da atividade do Estado. O conjunto dessas regras e instituições não estava mais orientado para fins de polícia, mas para fins econômicos de interesse geral. Atuavam em benefício da coletividade, a serviço do Estado. Afirma brilhantemente o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca que,

[...] o Direito Econômico estuda as formas pelas quais o Estado procura organizar a Economia, por meio de normas jurídicas, e o faz através da adoção de políticas econômicas, em que procura equacionar o sempre lembrado 'quadrado mágico', constituído pelo *crescimento econômico* (a que se junta o desenvolvimento), o *pleno emprego*, a *estabilidade dos preços* e o *equilíbrio exterior*.<sup>13</sup>

As normas jurídicas são, portanto, o instrumento mais adequado para o Estado "*intervir*" na atividade econômica. Em uma sociedade onde atua o poder econômico privado, corporificando interesses individuais e de grupos, as normas jurídicas são fundamentais para que o Estado possa buscar uma forma de equilíbrio nas relações sociais e conseguir o bem-estar da coletividade.

Eros Roberto Grau já enfatizava a importância da norma jurídica na atividade estatal.

Deixa o Estado, desde então, de '*intervir*' na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segu-

<sup>12</sup> TÁCITO. 1952. p. 4.

<sup>13</sup> FONSECA, J. B. L. da. *Direito econômico: políticas econômicas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG. 1997c. p. 5.

rança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de *políticas públicas* [...]<sup>14</sup>

Responsáveis pela implementação de políticas públicas, as normas jurídicas “nascem” impregnadas de caráter político. O legislador, ao criá-las, deseja que elas cumpram determinado objetivo. Dessa forma, não se pode analisar a norma jurídica apenas tecnicamente, abandonando seus objetivos e seu cunho político. Na medida em que o Direito Econômico lida com a política econômica juridicamente regulamentada (em consonância com a “ideologia constitucionalmente adotada”), suas soluções obviamente comportam demarcação do alcance de resultados determinados, que passam também a ser ideológicos.

### 3 A QUESTÃO AMBIENTAL SOB O PONTO DE VISTA ECONÔMICO - A INTERNALIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES

Hoje, tem-se clara a percepção de que os recursos naturais necessários para atender às necessidades humanas são limitados.<sup>15</sup>

Os bens naturais, classificáveis como bens escassos em termos absolutos, em princípio não fazem parte do circuito econômico, não sendo incluídos nas relações criadas socialmente para enfrentar o problema da escassez.<sup>16</sup>

São os denominados bens livres, cuja utilização não implica custos, não se lhes atribuindo, portanto, valor econômico.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos em homenagem ao Professor Washington Pefuso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 61.

<sup>15</sup> GASTALDI, J. Pretelli. *Elementos de economia política*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 47.

<sup>16</sup> CARNEIRO, Ricardo. *A contribuição da economia do meio ambiente para o aperfeiçoamento da legislação e a da política ambiental brasileira*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000. p. 69.

<sup>17</sup> GUERRA, S. M.; SUAREZ, M. L. H. Questões econômicas e implicações ambientais: visão introdutória. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 8, p. 84-106, out./dez. 1997, p. 84-106.

A existência de bens livres pode conduzir a determinadas falhas de mercado, a que os economistas chamam de *externalidades negativas*. *Externalidades* correspondem a custos econômicos que circulam externamente ao mercado e, portanto, não são compensados pecuniariamente, mas transferidos sem preço e suportados pela coletividade.<sup>18</sup>

Nusdeo nos dá um ótimo exemplo para que as *externalidades negativas* possam ser visualizadas:

Imagine-se uma lavanderia que estenda a roupa lavada em um gramado a fim de secá-la ao sol. Após algum tempo, uma usina metalúrgica instala-se nas vizinhanças e de sua chaminé é expelida fumaça preta, bojada de partículas de fuligem que se depositarão sobre a roupa estendida. Haverá aí um custo adicional para a lavanderia, imposto pela usina. Ou, o que dá na mesma, ela lhe transferiu um custo que seria seu, pois ela é a responsável pela combustão imperfeita de onde provém a fuligem. Logo, a lavanderia passou a ter um custo a mais: o de reenxaguar a roupa ou construir um abrigo para ela. Tentará repassar aquele custo adicional aos seus clientes. Em caso positivo, estes arcarão, no fim das contas, com o custo da usina, ao pagarem mais caro pela roupa lavada. Caso não haja a possibilidade de transferência dos custos (em virtude da concorrência de outra lavanderia imune à fuligem), ela arcará com o excesso de custo e possivelmente perderá o incentivo de ampliar seus serviços. Ainda na primeira hipótese, a da possibilidade de repasse, os usuários poderão reduzir a frequência da lavagem de roupa. Em ambos os casos, a comunidade talvez acabe ficando com roupas menos limpas do que desejava, antes de surgir o custo parasita gerado pela usina. O exemplo pode ser levado adiante. A fumaça preta, certamente, afetará as vias respiratórias dos moradores locais-clientes ou não da lavanderia-, os quais terão custos adicionais com a compra de remédios, consultas médicas ou temporadas para mudança de ar.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> CARNEIRO, *Op. cit.*, p. 72.

<sup>19</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 177-8.



Não restam dúvidas de que a poluição e a degradação ambiental são alguns dos principais efeitos externos negativos da atividade produtiva. Como a maioria dos recursos naturais são bens livres (como o ar) e não fazem parte do “mercado”, as pessoas se utilizam deles sem custo algum. Acabam, conseqüentemente, interferindo de alguma forma na esfera econômica alheia.

Explica Carneiro que:

[...] isto ocorre porque o processo produtivo não é um fim em si mesmo. Antes pelo contrário, a produção objetiva a troca de bens por dinheiro, gerando renda e riqueza. Porém, a produção de um determinado item não está isenta de custos, de tal modo que o produtor deve assegurar que a soma total de dinheiro recebido pelos bens produzidos exceda o volume de custos envolvidos, ou seja, ele deve maximizar a diferença residual entre preço e custos, para que possa realizar lucros e continuar atuando em seu segmento de mercado.<sup>20</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, a empresa sempre buscará reduzir seus custos ao máximo, maximizando seus resultados, e aumentando suas oportunidades de ganho.

Não havendo um mercado de recursos naturais, não há que se pagar pela utilização dos bens livres. Conseqüentemente, o explorador de atividades econômicas não terá uma razão econômica forte o suficiente que o “incentive” a investir em procedimentos ambientalmente corretos. Para ele, o mais lucrativo será continuar poluindo e degradando o meio ambiente.<sup>21</sup>

Dessa forma, o custo decorrente da degradação ambiental, que *a priori* deveria ser exclusivamente do poluidor, transforma-se num custo social, arca-

---

<sup>20</sup> CARNEIRO. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>21</sup> MARGULIS, S. Economia do meio ambiente. In: \_\_\_\_\_ (Ed.) *Meio ambiente: aspectos técnicos e econômicos*. 2.ed. Brasília: IPEA, 1996. p. 136.

do por toda a coletividade.

Afirmam alguns estudiosos do direito ambiental que a constituição de direitos de propriedade sobre os recursos naturais poderia ajudar sobremaneira na diminuição da poluição no planeta.<sup>22 23</sup> De acordo com essa teoria, à medida que a degradação ambiental afetasse o valor do domínio, os proprietários se mobilizariam para exigir uma indenização justa, ou tentariam até mesmo impedir que a degradação viesse a se concretizar.

Inexistindo direitos de propriedade sobre os recursos naturais, torna-se inviável o estabelecimento de mercados e sistemas de preços<sup>24</sup>, possibilitando a utilização dos mesmos a custo zero. Não havendo custos para sua utilização, os recursos são usados de maneira exagerada, surgindo aí as *externalidades negativas*.

Sabe-se ainda que os modelos de apropriação de bens atualmente reconhecidos pelos mercados não se ajustam à natureza da maioria dos *bens livres*. Surge, então, a pergunta: como podem os sistemas econômicos promover a correção das falhas de mercado, *internalizando as externalidades* que as atividades econômicas geram em relação ao meio ambiente? Voltamos, então, a falar da importância da formulação de políticas públicas pelo Estado, implementadas por normas jurídicas.

Para corrigir as externalidades negativas das atividades econômicas em relação à qualidade do meio ambiente, a sociedade normalmente se apóia na

---

<sup>22</sup>TOLMASQUIM, M. T. Economia do meio ambiente: forças e fraquezas. In: CAVALCANTI, C. *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. E. ed. São Paulo: Cortez, 1998. p. 325.

<sup>23</sup> Luíza H. MOLL afirma que as transformações por que vem passando a economia neste fim de século XX estão produzindo profundas transformações sociais, "projetando a categoria da "apropriação" como técnica para operar juridicamente as políticas coordenadas pelos Estados nas comunidades das Nações, tendo em vista o impacto das externalidades de uma economia de mercado." (MOLL, 1995. p. 139).

<sup>24</sup>"Quais são, na verdade, as razões de fundo pelas quais o mercado não funciona? Induvidosamente a dificuldade de definir os direitos de propriedade é uma destas razões." (FONSECA, 1997a. p. 31).

intervenção de um agente externo ao mercado.

O agente interventor é o Estado que, por meio de políticas públicas sustentáveis, procura “estimular” os agentes econômicos a internalizar os custos decorrentes da utilização de bens naturais.<sup>25</sup>

Intervindo indiretamente na atividade econômica, o Estado dispõe de importantes mecanismos de implementação de políticas públicas. Um deles é a regulação direta que, por meio de normas jurídicas, direciona o comportamento dos agentes econômicos. Pode ainda o Poder Público, por meio de instrumentos de natureza econômica (incentivos fiscais, financiamento público, etc), estimular comportamentos ambientalmente corretos.

Voltamos à questão, portanto, da extrema importância das normas de Direito Econômico para a implementação de políticas econômicas. São elas que determinarão limites legais às *externalidades negativas*, pois implicarão na punição de eventuais degradadores, além de “incentivar” os agentes econômicos a atuarem dentro dos padrões exigidos pela sociedade.

Afirma MOLL que a solução para a *internalização das externalidades negativas*, na ótica jurídica, seria o estabelecimento de “limites às deseconomias externas, cuja obediência seria estimulada por penalização dos infratores conjugada com monitoramento e política ambiental”.<sup>26</sup>

Resta claro que a eficiência desse mecanismo depende, fundamentalmente, das consequências previstas na legislação, aplicáveis aos empreendimentos que insistam em degradar o meio ambiente. “A idéia é de que os agentes

---

<sup>25</sup> Com a mesma visão econômica, afirma MOLL que “...a sociedade, considerada como um todo, estará mais disposta a analisar os efeitos de longo prazo das suas atividades, que, por isso, afetarão às futuras gerações, do que indivíduos ou corporações privadas, atuando de forma isolada. Diante disso, cabe ao poder público assumir essa preferência social, em nome da sociedade, nas análises das atividades econômicas.” (MOLL, 1995, p. 158).

<sup>26</sup> MOLL, 1995, p. 151.

econômicos que utilizam recursos ambientais tendem a tanto mais acatarem as diretrizes legais quanto mais elevados forem os custos impostos pelas penalidades que decorrem de seu descumprimento.”<sup>27</sup> O poluidor perceberá que seu ônus econômico será muito maior se infringir a lei (pois será punido com multas de valor elevado, embargos e suspensão de atividade), do que se tomar as medidas necessárias para preservar o meio ambiente, instalando filtros, recuperando as áreas degradadas, dentre outras. A norma jurídica, assim, induz os agentes econômicos a observar a política de desenvolvimento sustentável.

#### 4 A IMPORTÂNCIA DAS NORMAS DE DIREITO ECONÔMICO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

As políticas econômicas do Estado, ao serem implementadas, utilizam-se das normas jurídicas como instrumento de efetividade.

Para o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, “a regra jurídica, vista inicialmente como um protótipo imutável a reger os comportamentos humanos, passou a figurar como um instrumento do desenvolvimento econômico.”<sup>28</sup> A afirmação do professor confirma a importância do papel das normas jurídicas como instrumento do Estado para incentivar e reger o desenvolvimento de suas atividades econômicas. Não se pode olvidar, atualmente, que o desenvolvimento econômico que degrada o meio ambiente é uma das grandes preocupações de todos os povos do planeta. As normas jurídicas, utilizadas como instrumentos do desenvolvimento econômico, devem ser entendidas, a partir de agora, como instrumentos do **desenvolvimento econômico sustentável**.

A conciliação do desenvolvimento econômico com a preservação do meio

---

<sup>27</sup> CARNEIRO, 2000. p. 85.

<sup>28</sup> FONSECA, 1997b. p. 5.



ambiente por meio das normas jurídicas decorre da evolução no pensamento jurídico. Lembra-nos G. FARJAT que “o direito do consumo e o direito do meio ambiente construíram-se pouco a pouco como direitos quase “anti-econômicos”, porque apareceram como fundados sobre princípios contrários ao direito e à economia liberais.”<sup>29</sup> Era um direito que afetava diretamente os direitos particulares de cada um. Soava como uma “invasão” do Estado nos direitos de cada indivíduo. Inúmeros economistas chegaram, inclusive, a denunciar a preocupação com os direitos humanos como perigoso entrave ao desenvolvimento econômico.<sup>30</sup> Atualmente, entretanto, tem-se a plena consciência de que o Estado deve atuar (ou intervir) no domínio econômico com o intuito de, entre outros objetivos, implementar o desenvolvimento sustentável.

Está claro, portanto, que cabe ao Poder Público incentivar o desenvolvimento econômico do País, harmonizando-o com a preservação ambiental. Afirmam a professora Isabel Vaz que:

[...] o constituinte optou pela multiplicação das possibilidades de atuação do Estado, ao trazer para o território constitucional uma série de temas (como o “meio ambiente, [...] cuja garantia e concretização demandam ou exigem uma produção legislativa de natureza normativo-fiscalizadora.”<sup>31</sup>

Em sentido amplo, a legislação de proteção ao meio ambiente reúne o arcabouço jurídico-institucional de regulamentação da política ambiental (lei 6.938/81 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente; Decreto-lei 227/67 - Código de Mineração; lei 9.605/98 - Lei de crimes ambientais; dentre várias outras), tendente, teoricamente, a organizar a gestão pública no planejamento, administração, manejo e controle do uso de recursos ambientais, bem como na modelagem de instrumentos de índole econômica que incentivam as ações produtivas ambientalmente eficientes. Não logram, entretanto,

---

<sup>29</sup> FARJAT, 1992. p. 27-62.

<sup>30</sup> DINIZ, 1995: p. 39.

<sup>31</sup> VAZ, 1993 p.282.



os resultados esperados.

Lamenta o professor Paulo de Bessa Antunes a impossibilidade de aplicação das normas ambientais em decorrência da “falência” da estrutura estatal moderna. Afirmar que “devido a toda uma série de fatores [...] o Estado não quis, ou não pôde, cumprir os mandamentos contidos na norma constitucional, sendo, portanto, ambientalmente inadimplente.”<sup>32</sup> Consta-se, com isso, que a regulação direta (através de normas jurídicas = regulamentação) não vem logrando o resultado esperado pelo Estado no tocante à preservação ambiental.

Apesar do grande avanço dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), sobretudo em Minas Gerais, constata-se ainda traços de uma estrutura administrativa deficiente, carente de investimentos, onde governo não consegue implantar da maneira desejável o que rezam as leis e a Constituição Federal no tocante ao desenvolvimento sustentável. Como se não bastasse, conflitos de competência legislativa entre os entes federados e a ausência de harmonia na atuação dos órgãos ambientais contribuem para agravar o quadro crítico da estrutura jurídico-administrativa ambiental no Brasil.

Advertiu Venâncio Filho:

É assim o Direito Regulamentar nitidamente vinculado à eficiência da máquina administrativa, o que contribui para a necessidade de reformulação dos métodos da administração pública. As normas do Direito Público Econômico serão letra morta, ou se revelarão inadequadas se a elas não se juntar uma máquina administrativa eficiente e um corpo administrativo competente [...] <sup>33</sup>

Com tantas mazelas e deficiências, o Estado se vê impossibilitado de implantar uma política econômica sustentável. Como as normas jurídicas, instrumentos fundamentais para induzir o comportamento dos agentes econômi-

---

<sup>32</sup> ANTUNES, 2000. p. 126.

<sup>33</sup> VENÂNCIO FILHO, 1998. p. 88.

cos, não estão sendo eficientemente aplicadas, as *externalidades negativas* decorrentes do desenvolvimento das atividades econômicas não são internalizadas, possibilitando, com isso, o desenvolvimento não sustentável das atividades econômicas no País.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS- ABNT. *NBR 6023. Informação e documentação: referências; elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BECKER, G. S. *The economic approach to human behavior*. Chicago: University Press, 1976.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. *Primeiro relatório nacional para a Convenção sobre Diversidade Biológica*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, 1998.

BROWN, Lester R. Poluiu, pagou. *Veja*. São Paulo, edição 1699, ano 34, n.18, p. 11-15, 9 maio 2001.

CARNEIRO, Ricardo. *A contribuição da economia do meio ambiente para o aperfeiçoamento da legislação e a da política ambiental brasileira*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito)-: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

CHENOT, Bernard. Droit public économique In: ROMEUF, Jean (Org.) *Dictionnaire des sciences économiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. t.1, p. 442.

DINIZ, Arthur. A fome de lucros. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem cons-*

*titucional: estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 1995. p. 39-50.

ELY, Aloísio. *Economia do meio ambiente*. 4.ed. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística do Estado do Rio Grande do Sul, 1990.

FARJAT, Gerard. *A noção de direito econômico*. Tradução João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Archives de philosophie du droit, droit et économie*, Paris, v.37, p. 27-62, 1992a.

FARJAT, Gerard. *Archives le philosophie du droit, droit et économie*. Paris: Dallonz-Sirey, 1992b.

FARJAT, Gerard. *Droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1982.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG; 1997a.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997b.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico: políticas econômicas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1997c.

FREIRE, William. *Direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

GASTALDI, J. Pretelli. *Elementos de economia política*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 1995. p. 59-76.

GUERRA, Sinclair Mallet-Guy; SUAREZ, Miriam Liliana Hinostroza. Questões econômicas e implicações ambientais: visão introdutória. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 8, p. 84-106, out./dez. 1997.

LIMA, Vinícius Moreira de. O alcance social do Direito Econômico. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 1995. p. 183-190.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAGULIS, Sergio. Economia do meio ambiente. In: MARGULIS, Sergio (Ed.). *Meio ambiente: aspectos técnicos e econômicos*. 2. ed. Brasília: IPEA, 1996.

MERCADO PACHECO, Pedro. *El analisis economico del derecho: una reconstruccion teorica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MOLL, Luíza Helena. Externalidades e apropriação: Projeções sobre o direito econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 1995. p. 139-160.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

POSNER, R. Law and economics movement. *The American Economic Review*, Nashville, Tenn., v.77, n.2, p.1-13, 1987.

POSNER, R. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v.46, n.2, p.281-306, Winter, 1979.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

QUADRI, Giovanni. *Diritto pubblico dell'economia*. 2.ed. Padova: CEDAM, 1980.

SOUTO, Marcos Jurema Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.216, p.125-162, abr.-jun. 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*; São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 27, p.1-11, jan.-mar. 1952.

TOLMASQUIM, Maurício Tiommo. Economia do meio ambiente: forças e fraquezas. In: CAVALCANTI, Clóvis. *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Environment end development; formulation and implementation of the right to development as a human right. In: *Direitos humanos: desenvolvimento sustentável e meio ambiente*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. cap. 2.

TURNER, R. Kerry; PEARCE, David; BATEMAN, Ian. *Environmental economics*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1993.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

---



***Normas para publicação e redação de artigos para a  
Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas:***

- 1 - Os trabalhos enviados ao Conselho Editorial da Revista destinam-se exclusivamente à publicação não remunerada.
- 2 - As colaborações devem ser encaminhadas para a Revista, no endereço indicado no preâmbulo, em versão impressa e também por meio de disquete. O recebimento dos trabalhos não implica a obrigatoriedade de sua aplicação.
- 3 - Os autores deverão titular os trabalhos e encaminhar sua qualificação profissional e acadêmica, em nota de rodapé na primeira página.
- 4 - Os trabalhos, citações e referências bibliográficas deverão seguir as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.
- 5 - Os editores, independente de consulta do autor, reservam-se o direito de adaptar, estilisticamente, os trabalhos às referidas normas.

*Os editores.*

