

ANO III – Nº. 06



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



JAN/JUN

2007

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBDA
Ano 3 • Volume 3 • Número 6
Jan-Jun 2007 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Semestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2006/07

André Saddy, Presidente
Alenуска Teixeira Nunes, Vice-Presidente
Márcia Castro Pereira, Secretária-Geral
Elisa Ustárroz, Diretora Científica
Caroline Alves Salvador, Diretora Social
Carlos Marcos Borges, Diretor Financeiro

Conselho Editorial:
Eduardo Bruno Milhomens
Fernando Estevam Bravin Ruy
Paula Lins Goulart
Rafael Freitas Machado

Conselho Deliberativo:
Daniel Barroso
Luiz Carlos Messias Junior
Tiana Santos

Colaboradores:
Alyne de Andrade de Oliveira Bezerra

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária · CP 1649014 · Lisboa · Portugal



INDICE

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRODUÇÃO DE EFEITOS DOS TRATADOS DE PROTECÇÃO DO AMBIENTE NO ESPAÇO MARINHO – Prof. Dr. Fernando Loureiro Bastos	4
AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES E O "PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO": Ecos da jurisprudência – Prof. Dra. Carla Amado Gomes	31
O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA – Lilian Márcia Balmant Emerique	49
PARCEIRIA PÚBLICO-PRIVADA NO SETOR POSTAL BRASILEIRO – A. Saddy	63
O HOMO ECOLOGICUS SOB UMA PERSPECTIVA HOLÍSTICA – Rosimeri Aparecida Rigon Pedroso	78
REGIME PROCESSUAL CIVIL EXPERIMENTAL DE PORTUGAL – A. Silveira Martins	87
O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO – Karla Polina Albuquerque Silveira	109

**ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A
PRODUÇÃO DE EFEITOS DOS TRATADOS DE
PROTECÇÃO DO AMBIENTE NO ESPAÇO
MARINHO¹**

Fernando Loureiro Bastos

Doutor em Direito

**Professor da Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa**

**1. A possibilidade de as normas de Direito
Internacional convencional produzirem efeitos em
relação a terceiros**

1.1. Considerações gerais

Em termos abstractos, excluindo as normas costumeiras codificadas²⁻³, a problemática da produção de

efeitos dos tratados em relação a terceiros, sejam Estados ou outros sujeitos de Direito Internacional, deve ser reduzida basicamente à produção de efeitos de normas de tratados de fonte estritamente convencional.

A questão da possibilidade de as normas de Direito Internacional convencional produzirem efeitos em relação a terceiros não se põe, como é evidente, se estivermos em presença de regimes jurídicos de natureza consuetudinária, quer estes tenham sido objecto de codificação, quer vigorem independentemente de uma formulação escrita convencionalmente acordada. Nestes casos, o cumprimento é obrigatório para todos os sujeitos de Direito Internacional potenciais destinatários, tenham estes participado ou não na sua formulação. Aplicam-se nestes casos, em conformidade, as regras relativas ao costume, nomeadamente no que concerne aos âmbitos de aplicação espacial e subjectivo⁴.

Da mesma forma que não se porá, em termos abstractos, relativamente a normas de origem convencional que sejam a expressão de normas de *ius cogens* e às normas convencionais que integrem obrigações *erga omnes*, caso se esteja em presença de compromissos internacionais em que participem a

¹ Texto da comunicação apresentada no II Seminário Luso-Brasileiro – 2007 (Direito Público e Privado), organizado pelo NELB – Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro, que teve lugar em 4 de Maio de 2007, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O Autor agradece o convite para a participação nesta realização científica ao Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro, na pessoa do seu Presidente Licenciado André Saddy.

² Nesse sentido, Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, «Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public», Recueil des Cours da Académie de Droit International, vol. 257, 1996, p. 97. Sobre a questão, Christos L. ROZAKIS, «Treaties and third states: a study in the reinforcement of the consensual standards in international law», Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law), vol. 35, 1975, n° 1, pp. 25 a 38; Ravinda PRATAP, «Nuclear arms control treaties and non-parties», Indian Journal of International Law, vol. 39, n° 4, 1999, pp. 632 a 640.

³ Nesse sentido, no *Caso da Jurisdição em Matéria de Pescas*, ICJ Reports 1974, §§ 23 e 24, o Tribunal afirmou que “the Court, as a court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down”. Deve ser, no entanto, sublinhado que nem sempre é possível encontrar uma linha de demarcação clara e inequívoca entre os tratados e o costume, como o demonstra Christian TOMUSCHAT, «Obligations arising for States without or against their

will», Recueil des Cours da Académie de Droit International, vol. 241, 1993, pp. 257 a 261.

⁴ Sobre a reapreciação a que tem estado sujeito o conceito de costume na doutrina jusinternacionalista, em particular na década de noventa do século XX, David P. FIDLER, «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», German Yearbook of International Law, vol. 39, 1996, pp. 198 a 248; Michael BYERS, «Custom, power, and the power of rules. Customary international law from an interdisciplinary perspective», Michigan Journal of International Law, vol. 17, 1995/1996, pp. 136 a 149; Sienho YEE, «The news that *opinio juris* “is not a necessary element of customary [International] Law” is greatly exaggerated », German Yearbook of International Law, vol. 43, 2000, pp. 227 a 235; Maurice MENDELSON, «The subjective element in customary international law», British Yearbook of International Law, vol. LXVI, 1995, pp. 177 a 208, e «The formation of customary international law», Recueil des Cours da Académie de Droit International, vol. 272, 1998, pp. 155 a 410; e Bin CHENG, «*Opinio juris*: a key concept in international law that is much misunderstood», in YEE, Sienho e TIEYA, Wang (edits), *International law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London - New York, 2001, pp. 56 a 76.

totalidade dos Estados, ou dos sujeitos de Direito Internacional, existentes⁵.

1.2. Os efeitos dos tratados em relação a terceiros Estados

1.2.1. A produção de efeitos dos tratados exclusivamente aos Estados contratantes

Regra geral, os tratados só produzem efeitos em relação aos Estados que manifestaram o seu consentimento a estar vinculados pelo compromisso internacional em causa. Nestes termos, relativamente aos restantes Estados não partes, os tratados são *res inter alios acta*.

Isso significa que, em conformidade com a igualdade soberana e com a consequente liberdade de escolha no modo como prosseguem os seus interesses individuais⁶, os Estados só devem executar os acordos internacionais a que decidiram vincular-se⁷. Caso contrário, estaria irremediavelmente comprometida a autonomia da sua actuação⁸, na medida em que os Estados

não poderiam optar entre vários comportamentos alternativos e desenvolver em coerência as actividades escolhidas.

Questão distinta da da produção de efeitos em relação a terceiros é a obrigação genérica que impende sobre todos os Estados de respeitarem os tratados que tenham sido concluídos por terceiros Estados, salvo nas situações em que esses compromissos internacionais sejam nulos por violação de uma norma de *ius cogens*. Nestes casos, em razão da oponibilidade *erga omnes* dos tratados ou da sua eficácia externa, todos os terceiros Estados estão obrigados a não impedir a pontual execução das vinculações internacionais em que não participam⁹, desde logo em resultado da aplicação da regra da relatividade dos tratados. Com efeito, sendo a capacidade de concluir vinculações internacionais uma das prerrogativas da subjectividade internacional, a produção de efeitos destes compromissos não deverá ser entravada por aqueles que neles não participam, na medida em que na situação oposta se estaria em presença de uma interferência ilegítima na sua autonomia de actuação.

Nesse sentido, dando expressão a uma norma estruturante do Direito Internacional¹⁰, o artigo 34 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT69)¹¹ prevê que “um tratado não cria

⁵ Sobre a problemática suscitada pelas normas de *ius cogens*, pelas obrigações *erga omnes* e pela qualificação de certos comportamentos como *crimes internacionais*, a síntese feita, através da apreciação da existência de normas de Direito Internacional hierarquicamente superiores, no nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos. Contributo para a compreensão do regime jurídico-internacional do aproveitamento conjunto de petróleo e de gás natural nas plataformas continentais, do potencial aproveitamento de recursos minerais na Área, da pesca no alto mar e os efeitos da regulamentação convencional respectiva em relação a terceiros*, AAFDL, Lisboa, 2005, pp. 77 a 90.

⁶ Nesse sentido, o comentário da Comissão de Direito Internacional, aos artigos 30 e 31 do projecto (correspondente aos actuais artigos 34 e 35 CVDT69), publicado em *Conférence des Nations Unies sur le Droit des Traités. Première et deuxième sessions. Vienne, 26 mars – 24 mai 1968 et 9 avril – 22 mai 1969. Documents officiels. Documents de la Conférence*, Nations Unies, New York, 1971, pp. 49 e 50.

⁷ As dificuldades em ultrapassar os interesses individuais dos Estados, mesmo em situações onde pareceria ser óbvia a prevalência dos interesses colectivos, pode ser encontrada em PRATAP, «Nuclear arms...», cit., pp. 653 a 676, relativamente à produção de efeitos dos tratados relativos ao controlo das armas nucleares.

⁸ Nesse sentido, Philippe CAHIER, «Le problème des traités a l'égard des États tiers», *Recueil des Cours de*

Académie de Droit International, vol. 143, 1974, p. 599, na medida em que a posição contrária conduziria “à permettre une ingérence inadmissible d'Etats dans les affaires des autres Etats”.

⁹ Nesse sentido, André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1993, p. 247; e JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Principia, Cascais, 2006, p. 82.

¹⁰ Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., p. 616, defende que “il s'agit d'une norme coutumière qui correspond à un besoin de la société internationale actuelle”. Um resumo da jurisprudência relevante sobre a matéria pode ser encontrado em CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 612 a 615; PRATAP, «Nuclear arms...», cit., pp. 641 a 648; e Malgosa FITZMAURICE, «Third parties and the law of treaties», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, 2002, pp. 46 a 52 e 84 a 96.

¹¹ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 de Maio de 1969 (versão portuguesa publicada no Diário da

obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o consentimento deste”¹². Em conformidade, a regulamentação da CVDT69 autonomiza o regime dos direitos¹³ e o regime das obrigações¹⁴, nos artigos 35 e 36¹⁵, e especifica, no artigo 37, os termos em que pode ter lugar a “revogação ou modificação de obrigações ou de direitos de terceiros Estados”¹⁶.

A produção de efeitos de um acordo internacional está, assim, dependente do consentimento dos Estados interessados na regulamentação internacional em causa. Esse consentimento pode ter lugar no momento em que se gera o acordo subjacente ao compromisso internacional ou ser expresso num momento posterior à sua negociação, assinatura, manifestação do consentimento a estar vinculado ou entrada em vigor para as outras partes.

Daqui decorre que, em qualquer das situações, a produção de efeitos de uma vinculação internacional em relação a um Estado concreto só tem lugar porque esse sujeito manifestou a sua vontade a estar vinculado a esse

compromisso internacional¹⁷. Tendo em consideração que, ao nível do Direito Internacional, não existem regras obrigatórias quanto à forma como pode ser manifestado o consentimento a estar vinculado por um regime convencional¹⁸, os Estados interessados podem manifestar a sua vontade de vinculação internacional em termos explícitos, nomeadamente por escrito¹⁹, ou em termos implícitos, através do seu comportamento²⁰⁻²¹.

República, Série I-A, n° 181, de 7 de Agosto de 2003, pp. 4689 a 4703).

¹² Em consonância, o alínea g) do n° 1 do artigo 2 prevê que *parte* “designa um Estado que consentiu em estar vinculado pelo tratado e para o qual o tratado se encontra em vigor” e *terceiro Estado* “designa um Estado que não é parte no tratado”.

¹³ Sobre a questão, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 620 a 643; ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., pp. 13 a 21; Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «Treaty stipulations in favor of third states», *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, que defende (p. 353) que nunca pode existir “such thing as a second agreement” dado que “the acceptance of benefits is never registered with the United Nations Secretary General under Article 102 of the Charter”; e Suzanne BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, Economica, Paris, 1985, pp. 150 e 151, sobre a *stipulation pour autrui*.

¹⁴ Sobre a questão, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 644 a 659; e ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., pp. 9 a 13.

¹⁵ Embora na prática, como o referem ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., p. 17, Christine CHINKIN, *Third parties in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 40 e 41, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 54 e 55, seja, por vezes, difícil distinguir entre direitos e obrigações.

¹⁶ Sobre a questão, Paul REUTER, *Introduction au droit des traités*, 2ª ed., PUF, 1985, pp. 91 e 92; ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., p. 21 a 25; e FITZMAURICE, «Third parties...», cit., p. 56 e 57.

¹⁷ Sobre a questão, Emmanuel ROUCOUNAS, «Engagements parallèles et contradictoires», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 206, 1991, pp. 31 a 35; e, em termos críticos, Geoffrey PALMER, «New ways to make international environmental law», *American Journal of International Law*, vol. 86, n° 2, 1992, pp. 270 a 278.

¹⁸ Nesse sentido, ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., p. 5, defende que “[t]he question of how this will be expressed or when it may be presumed that a State is bound by a rule of law is a purely technical one, its answer depending upon the particular sociopolitical mentality existing in any given period of the international relations”; e Rui MOURA RAMOS, «Tratado» (1986), in MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de, *Da Comunidade Internacional e do seu direito. Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais*, Coimbra Editora, 1996, p. 137.

¹⁹ Nesse sentido, o artigo 35 CVDT69, relativamente a obrigações, prevê a aceitação expressa por escrito. Sobre a questão, Guido NAPOLETANO, «Some remarks on treaties and third states under the Vienna convention on the law of treaties», *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 3, 1977, pp. 82 a 83.

²⁰ O artigo 36 CVDT69 estipula que o consentimento se presume na medida em que o Estado exerça o direito respeitando as “condições previstas no tratado ou estabelecidas de acordo com as suas disposições”. Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 603 e 604, 640 e 657; e NAPOLETANO, «Some remarks...», cit., pp. 86 a 89.

²¹ Um exemplo particularmente relevante desta abordagem pode ser encontrado no n° 4 do artigo 5 do Protocolo de 1978 relativo à Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios, de 1973 (MARPOL), feito em Londres em 17 de Fevereiro de 1978, em conformidade com o qual “[n]o que se refere aos navios pertencentes a não Partes na Convenção, as Partes aplicarão os requisitos da presente Convenção de modo a garantir que não é dado tratamento mais favorável a tais navios”. Com efeito, tendo em consideração os termos como o Direito Internacional regula a entrada de navios em portos de Estados sem a sua nacionalidade, a utilização de um qualquer porto poderá ser interpretada como significando a aceitação da sujeição às regras que aí sejam aplicadas, em particular as que decorrem do Direito Internacional. A isso acresce que, no n° 3 do mesmo artigo, é expressamente previsto que o Estado parte na

Mas, importa sublinhá-lo, seja a manifestação do consentimento explícita ou implícita, a vontade do Estado tem de ser manifesta e inequívoca no sentido de estar vinculado ao compromisso internacional concreto. Nestes termos, o consentimento a estar vinculado não pode ser presumido, nomeadamente tendo em consideração a participação em compromissos internacionais semelhantes ou anteriores, haja ou não identidade das partes contratantes.

Daqui resulta que a questão decisiva quanto à produção de efeitos de um tratado é, nestes termos, a manifestação do consentimento do Estado interessado, qualquer que seja o momento em que esta tenha lugar ou a forma através da qual é comunicada aos outros sujeitos vinculados ao compromisso internacional em causa.

Exposta nestes termos, a regra *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* não comporta qualquer excepção²²,

Convenção pode “recusar a um navio estrangeiro a entrada nos portos ou terminais sob a sua jurisdição ou tomar qualquer acção contra tal navio por este não cumprir as disposições da presente Convenção”. Nesse sentido, Günther HANDL, «Regional arrangements and third state vessels: is the *pacta tertiis* principle being modified», in RINGBOM, Henrik (edit.), *Competing norms in the law of the marine environmental protection – Focus on ship safety and pollution prevention*, Kluwer Law International, London – The Hague – Boston, 1997, pp. 222 e 223. Em sentido próximo, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 119 a 121, e «Expression of consent to be bound by a treaty as developed in certain environmental treaties», in KLABBERS, Jan e LEFEBER (edits), *Essays on the law of treaties. A collection of essays in honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1998, p. 79, refere que “[c]ompliance in practice (...) by non-parties to MARPOL shows that, in environmental law, there may be new means of consent to be bound”. Em termos gerais, na perspectiva do “*Pacta Tertiis* principle and the rules of reference in the 1982 Convention with respect to vessel-source pollution”, o «Final report» do Committee on coastal state jurisdiction relating to marine pollution da International Law Association, pp. 487 a 492, que adopta a ideia de que basta o consentimento inicial a estar vinculado, independentemente do conteúdo concreto das regras que venham a ser posteriormente aprovadas.

²² Nesse sentido, André GONÇALVES PEREIRA, *Da sucessão de Estados quanto aos tratados*, Edições Ática, 1968, pp. 196 e 197; MOURA RAMOS, «Tratado», cit., p. 138; GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, *Manual de Direito...*, cit., p. 247; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito...*, cit., p. 81; Eduardo CORREIA BAPTISTA, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 356 a 359, que

não fazendo, por isso, qualquer sentido referir a potencialidade dos tratados concluídos pelos Estados para produzirem efeitos em relação a terceiros. A questão é que, apesar de tudo, são muitas vezes avançadas situações em que a doutrina jusinternacionalista defende existirem excepções em relação à regra da produção de efeitos em relação às partes. O problema é que, nas situações comumente referenciadas, aquilo que é qualificado como um exemplo de produção de efeitos em relação a terceiros Estados limita-se a ser uma forma específica de produção de efeitos em relação às partes.

defende (p. 356) que “[e]m rigor, a norma *Pacta tertiis non nocent* não tem carácter normativo, no sentido de se tratar de uma norma susceptível de ser violada. Julga-se que esta norma é logicamente inviolável”, e *Direito Internacional Público. Conceito e Fontes*, vol. I, Lex, Lisboa, 1998, pp. 234 e 235; TOMUSCHAT, «Obligations arising...», cit., p. 244; Paolo FOIS, «Il consenso degli stati ad obbligarsi e il principio *pacta sunt servanda*», *Rivista di Diritto International*, vol. LXXXIV, 2001, pp. 5-32, pp. 31 e 32; FITZMAURICE, «Third parties...», cit., p. 38; Anthony AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 207; e CAHIER, «Le problème des effets...», cit., p. 731, que sintetiza a questão afirmando que “les effets des traités à l’égard des Etats tiers s’expliquent soit par leur consentement, donné sous une forme ou une autre, soit par l’application d’une règle du droit international général”. O comentário da Comissão de Direito Internacional ao artigo 30 do projecto (correspondente ao actual artigo 34 CVDT69), publicado em *Conférence des Nations...*, cit., p. 50, refere que “[I]a question de savoir si la règle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* souffre effectivement des exceptions en droit international est une question controversée, sur laquelle les avis se sont partagés au sein de la Commission. L’accord s’était fait sans réserve sur un point: il n’y a pas d’exception lorsqu’il s’agit d’obligation; un traité ne crée jamais, par lui-même, d’obligation pour des Etats qui n’y sont pas parties”. Em sentido contrário, CHINKIN, *Third parties...*, cit., pp. 25 e 26, 35 e 36 e 142 a 144, que defende a existência de um conjunto de excepções passíveis de serem agrupadas em: “acquiescence in the conduct of parties and non-parties; application of a special principle of law outweighing the general third party rule; the existence of some situation that displaces the application of treaty law”; e Dominique CARREAU, *Droit international*, 7^a ed., Pedone, Paris, 2001, pp. 158 a 166, que defende que a aceitação da produção de efeitos dos tratados em relação a terceiros (p. 163), “constitue à l’evidence une dérogation marqué au consensualisme”.

1.2.2. As pretensas exceções à produção de efeitos dos tratados exclusivamente aos Estados contratantes

Podem ser encontrados na doutrina jusinternacionalista vários exemplos de exceções à produção de efeitos dos tratados exclusivamente aos Estados contratantes. Nuns casos, é manifesta a inadequação dos exemplos apresentados, dado que se trata de situações de produção de efeitos em relação às partes. Noutros casos, a sua apreciação é mais complexa na medida em que o conteúdo do tratado não se circunscreve exclusivamente a normas de origem estritamente convencional.

I - A cláusula da nação mais favorecida e o artigo 103 da Carta das Nações Unidas

No primeiro grupo, relativamente a situações onde é manifesto estar-se em presença de casos específicos de produção de efeitos em relação às partes contratantes, deverão ser postas em destaque as diversas formulações da cláusula da nação mais favorecida que podem ser encontradas em tratados²³. Neste caso, a confusão decorre de se dar maior importância ao conteúdo das adaptações que são introduzidas na vinculação inicial do que à autorização genérica de alteração do seu conteúdo que consta do seu articulado. Com efeito, em resultado da inserção de uma cláusula deste tipo, os

²³ Sobre a questão, BASTID, *Les traités...*, cit., pp. 145 a 150; Nguyen Quoc DINH, Patrick DAILLIER e Alain PELLET, *Droit International Public*, 7ª ed., L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 245 a 247; e Daniel VIGNES, «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la Communauté économique européenne», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 130, 1970, pp. 213 a 235, que sublinha (p. 224) que “la clause n’est pas une règle de droit coutumier en ce sens qu’il n’existe pas d’obligation coutumière de la faire figurer dans aucun traité”. O projecto da Comissão de Direito Internacional de 1978 sobre a cláusula da nação mais favorecida pode ser encontrado em Sir Arthur WATTS, *The International Law Commission 1949-1998. Volume Three – Final draft articles not yet having resulted in the conclusion of a treaty and reports other than final draft articles*, Oxford University Press, Oxford – New York, 1999, pp. 1798 a 1916.

Estados partes na vinculação inicial aceitam que esta possa ser ajustada posteriormente, em conformidade com as disposições de um tratado ulterior em que não participam na sua totalidade.

Nestes termos, não existe qualquer produção de efeitos do tratado posterior em relação a terceiros Estados, na medida em que este tratado apenas serve de modelo para as alterações que vão ser introduzidas na vinculação inicial. Daqui resulta que, enquanto essa cláusula estiver em vigor, a vinculação inicial pode ser sujeita a sucessivos ajustamentos, de modo a alterar o seu conteúdo em conformidade com o articulado de outros tratados que algumas das partes venham a concluir posteriormente.

O aspecto mais relevante da cláusula da nação mais favorecida é, assim, a possibilidade do conteúdo do articulado de um tratado ser actualizado sem que seja necessário desencadear um processo de modificação com a intervenção de todas as partes. Não se estabelecem, em conformidade, quaisquer relações jurídico-internacionais entre os participantes na vinculação inicial e as partes nos eventuais tratados posteriores. Da mesma forma que, em nenhum momento, os tratados em causa podem ser qualificados como tratados sucessivos sobre a mesma matéria sem identidade de partes.

Em certas situações, no entanto, na decorrência do *Caso dos cidadãos norte-americanos em Marrocos*, a produção de efeitos de um conteúdo concreto autorizado pela cláusula da nação mais favorecida pode cessar, caso deixe de estar em vigor o tratado posterior que lhe serviu de base²⁴.

Em segundo lugar, no primeiro grupo, ainda pode ser feita referência ao artigo 103 da Carta das Nações Unidas, em conformidade com o qual as obrigações assumidas pelos Estados em virtude da Carta prevalecem em relação aos compromissos assumidos em resultado de qualquer outro acordo internacional²⁵.

²⁴ Sobre a questão, José Manuel PUREZA, «A cláusula da nação mais favorecida», *Documentação e Direito Comparado*, nº 29/39, 1987, pp. 536 a 540.

²⁵ Sobre o âmbito de aplicação do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, Rudolf BERNHARDT, «Article 103», in SIMMA, Bruno (edit.), *The Charter of the United*

Também neste caso não se descortinava qualquer excepção à regra da não produção de efeitos dos tratados em relação a terceiros²⁶. Com efeito, restrita aos membros da ONU, esta disposição prevê que os Estados membros, em conformidade com o seu consentimento, fazem prevalecer, em caso de incompatibilidade, as obrigações previstas na Carta das Nações Unidas²⁷. A questão deixou,

Nations. A commentary, 2ª ed, vol. II, Oxford University Press, Oxford – New York, 2002, pp. 1292 a 1302; Geraldo NASCIMENTO e SILVA, «Le facteur temps et les traités», *Recueil des Cours da Académie de Droit International*, vol. 154, 1977, pp. 247 a 252; ROUCOUNAS, «Engagements parallèles...», cit., pp. 66 a 70; Sergio MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 71 a 75; Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN, *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Universidad Complutense – Facultad de Derecho - Servicio de Publicaciones, Madrid, 2002, pp. 118 a 133; Gabriël H. OOSTHUIZEN, «Playing the devil's advocate: the United Nations Security Council is unbound by law», *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, 1999, pp. 556 a 559; e Andreas ZIMMERMANN, «"Acting under Chapter VII (...) – resolution 1422 and possible limits of the powers of the Security Council», in FROWEIN, Jochen Abr., SCHARIOTH, Klaus, WINKELMANN, Ingo e WOLFRUM, Rüdiger (edits), *Verhandeln für den Frieden – Negotiating for peace. Liber Amicorum Tono Eitel*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio, 2003, p. 272.

²⁶ Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 716 a 719; Michael BYERS, «Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, nº 2/3, 1997, p. 221; e Karl ZEMANEK, «The legal foundations of the international system. General course on public international law», *Recueil des Cours da Académie de Droit International*, vol. 266, 1997, pp. 229 a 232. Em sentido próximo, sem se pronunciar sobre o assunto, Derek W. BOWETT, «Judicial and political functions of the Security Council and the International Court of Justice», in FOX, Hazel (edit.), *The changing constitution of the United Nations*, The British Institute of International and Comparative Law, 1997, pp. 80 a 82; e Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, «Hierarchy of treaties», in KLABBERS, Jan e LEFEBER (edits), *Essays on the law of treaties. A collection of essays in honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1998, ao afirmar que “[t]he superiority of a given treaty should be clearly manifested. Rules to this effect, especially Article 103 of the UN Charter, should be strictly interpreted”.

²⁷ Em sentido contrário, com excepções, BERNHARDT, «Article 103», cit., p. 1298, ao defender que o artigo 103 se aplicava ao tratados concluídos entre Estados membros e Estados não membros das Nações Unidas, mas que para

no entanto, de ser relevante a partir do momento em que os Estados membros das Nações Unidas correspondem à totalidade dos Estados actualmente existentes²⁸.

II - O nº 6 do artigo 2 da Carta das Nações Unidas e os tratados objectivos

No segundo grupo, relativamente a situações onde a natureza das normas não é estritamente convencional, devem ser objecto de atenção o nº 6 do artigo 2 Carta das Nações Unidas e os denominados tratados objectivos.

Em primeiro lugar, como um dos exemplos mais frequentemente citados da produção de efeitos em relação a terceiros Estados, temos o nº 6 do artigo 2 Carta das Nações Unidas, com base na ideia de que esta disposição estaria a impor obrigações de comportamento em relação a Estados não membros da Organização das Nações Unidas.

Independentemente da irrelevância prática actual desta previsão, tendo em consideração a participação da totalidade dos Estados na Organização das Nações Unidas, o certo é que essa não é uma leitura correcta da disposição em causa²⁹. Com efeito, quer no corpo do artigo, quer no

os tratados concluídos entre não membros das Nações Unidas “Art. 103 is of no relevance. Such treaties may be invalid or unenforceable because they either conflict with *ius cogens* or are incompatible with other principles of the law of treaties (...). If none of these rules applies, the treaty remains valid and binding despite its conflict with Charter obligations”.

²⁸ Benedetto CONFORTI, *The law and practice of the United Nations*, 2ª ed., Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 2000, p. 132, refere, além disso, que “the provisions of Articles 32, 35, para. 2, 50, 102 and 103 concern non-member States has never given rise to questions in practice”.

²⁹ Nesse sentido, TOMUSCHAT, «Obligations arising...», cit., p. 252; Albrecht RANDELZHOFFER, «Article 2», in SIMMA, Bruno (edit.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, 2ª ed, vol. I, Oxford University Press, Oxford – New York, 2002, p. 67, ao defender que “it is generally acknowledged today that para. 6 does not entail legal obligations for non-members States”; e Wolfgang Graf VITZHUM, «Article 2 (6)», in SIMMA, Bruno (edit.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, 2ª ed, vol. I, Oxford University Press, Oxford – New York, 2002, pp. 146 e 147. Em sentido contrário, Hans KELSEN, *The law of the United Nations. A critical analysis of its fundamental problems*, Stevens &

nº 6 do artigo 2 Carta das Nações Unidas, não existe a atribuição de direitos ou a enunciação de obrigações em relação a terceiros, mas antes a imposição de a organização e dos seus membros actuarem de forma a conduzirem os terceiros a agir de acordo com os princípios das Nações Unidas “em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais”³⁰. Daqui resulta serem os Estados membros da Organização das Nações Unidas os destinatários desta disposição, na medida em que seriam estes que estão em condições de promover as actuações necessárias à conformação dos comportamentos de terceiros.

Em conformidade, ao longo da sua actividade, a Organização das Nações Unidas não impôs aos Estados não membros a prática de actos destinados à aplicação de sanções a Estados que estivessem a violar os princípios da Carta das Nações Unidas. A excepção poderia ser o caso das sanções económicas, embora possam ser autonomizadas duas fases. Na primeira, relativamente ao embargo decretado no caso da Rodésia, nas resoluções votadas entre 1966 e 1977, o Conselho de Segurança distinguiu entre membros e não membros das Nações Unidas, limitando-se a apelar à actuação dos segundos, enquanto impunha um conjunto de obrigações em relação aos primeiros³¹. Na segunda, desde 1977, deixou de recorrer a esta distinção, tendo passado a decidir em termos genéricos, pretendendo abranger todos os Estados,

Sons, London, 1950, p. 106, ao defender que “the Charter imposes directly obligations only upon the Members of the Organisation; but indirectly also upon all the states which are not Members of the United Nations”; e PRATAP, “*Nuclear arms...*”, cit., pp. 627 a 630.

³⁰ Em sentido contrário, Jorge MIRANDA, «Sobre as modificações de tratados internacionais», in *Estudos em homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha*, Fundação Universidade Portucalense – Infante D. Henrique, Porto, 1999, p.70 nota 11, ao qualificar esta disposição como limite material de revisão da Carta das Nações Unidas.

³¹ Resoluções do Conselho de Segurança 232, de 16 de Dezembro de 1966, § 7, 253 (1968), § 14, 314 (1972), § 2, 388 (1976), § 3 e 409 (1977), § 2. Sobre a questão das sanções económicas aplicadas à Rodésia, em termos críticos, Michael W. REISMAN e Douglas L. STEVICK, «The applicability of International Law standards to United Nations economic sanctions programmes», *European Journal of International Law*, vol. 9, nº 1, 1998, pp. 96 a 101.

a partir do embargo imposto à Africa do Sul³². A importância desta distinção era, contudo, pouco significativa, tendo em consideração que o fundamento de actuação neste âmbito do Conselho de Segurança não é estritamente convencional, mas antes costumeiro³³.

Em segundo lugar, devem ser mencionados os compromissos internacionais comumente denominados como tratados objectivos³⁴. Neste caso, a dúvida inicial é

³² Resolução do Conselho de Segurança 418, de 4 de Novembro de 1977, § 2, onde é expressamente previsto que este órgão “*Decides that all States shall cease forthwith any provision to South Africa of arms and related matériel of all types*” (itálico no original). Sobre a questão, Eduardo CORREIA BAPTISTA, *O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 358 a 360, nota 833.

³³ Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 709 a 716; e CORREIA BAPTISTA, *O poder público...*, cit., pp. 352 a 362, ao defender (p. 360) que “o Conselho passou a ter autoridade, pelo menos desde 1990, para vincular Estados terceiros à luz do Direito Internacional Costumeiro, seja quando estes são responsáveis pela situação, alterando a sua situação jurídica, ao estabelecer medidas compulsivas contra estes e mesmo para estabelecer obrigações quanto à solução de fundo de questões; seja quando o não são, mas vinculando-os a adoptar tais medidas”. Em sentido próximo, VITZTHUM, «Article 2 (6)», cit., p. 147, afirma que “[n]on-members may potentially weaken their position in international affairs by not acting in accordance with the Principles of Art. 2. By doing so, they do not infringe any legal obligation arising out of Art. 2 (6) but will have to face concerted action by the members of the UN, possibly leading to political isolation”; CONFORTI, *The law and practice...*, cit., p. 128, ao defender que esta matéria “escape a precise evaluation under international law and, even more, under the principle of the non-effect of treaties, with regard to third parties”, dado que (p. 129) “Article 2, para. 6, appears to be a simple provision on the powers of the Organization”; e Jochen Abr. FROWEIN, «Reactions by not directly affected states to breaches of public international law», *Recueil des Cours da Académie de Droit International*, vol. 248, 1994, p. 357. Sobre a questão, Christian TOMUSCHAT, «Obligations arising for States without or against their will», *Recueil des Cours da Académie de Droit International*, vol. 241, 1993, pp. 252 a 257; e MARCHISIO, *L’ONU...*, cit., pp. 65 a 69.

³⁴ Sobre a questão, o comentário de WALDOCK ao artigo 63, no terceiro relatório sobre o direito dos tratados, de 1964 (*Annuaire de la Commission du Droit International*, 1964, vol. II, pp. 24 a 33); Lord McNAIR, *The law of treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 255 a 271; Bruno SIMMA, «From bilateralism to community interest

a de saber se existe uma categoria de tratados que mereça um tratamento autónomo³⁵. O problema seria, desde logo, conseguir identificar a sua especificidade concreta: ao nível do conteúdo ou do procedimento de conclusão. Nestes termos se compreende que a questão tenha sido discutida na Comissão de Direito Internacional, aquando da preparação do projecto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, sem se alcançar, contudo, o consenso necessário à inclusão de um artigo específico sobre a matéria no articulado³⁶.

O conceito de “tratados objectivos” tem sido utilizado pela doutrina para agrupar vinculações internacionais relativas à regulação do estatuto jurídico-internacional de espaços³⁷. No seu âmbito, têm sido

in international law», Recueil des Cours da Académie de Droit International, vol. 250, 1994, pp. 358 a 364; Jean-Paul JACQUÉ, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, pp. 459 a 468; e FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 66 a 83.

³⁵ Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 660 a 677, que conclui a sua análise com a afirmação da (p. 677) “l'impression que la notion de traité établissant des situations objectives est surtout une création de la doctrine”, acrescentando (p. 730) que algumas das situações invocadas têm por consequência “d'expliquer des situations appartenant au passé”; e Theodor SCHWEISFURTH, «International treaties and third states», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*, vol. 45, 1985, p. 665. Em sentido próximo, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., p. 82, afirma que [a]s a general conclusion, it may be observed that certain important issues concerning objective régimes (including their very existence) remain still unresolved”. Em sentido contrário, McNAIR, *The law of treaties*, cit., pp. 255 a 271; e Charles ROUSSEAU, *Droit international public, Tome I. Introduction et sources*, Sirey, Paris, 1970, pp. 192 e 193.

³⁶ Sobre a questão, Maurizio RAGAZZI, *The concept of international obligations erga omnes*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 37 a 41.

³⁷ Nesse sentido, o artigo 63 proposto por WALDOCK (*Annuaire de la Commission du Droit International*, 1964, vol. II, pp. 24 e 25), previa que “[u]n traité établit un régime objectif lorsqu'il ressort de ses dispositions et des circonstances de sa conclusion que l'intention des parties est de créer dans l'intérêt général des obligations et des droits de caractère général concernant une région, un Etat, un territoire, une zone déterminée de la mer, du lit de la mer ou de l'espace aérien”. Uma manifestação desta categoria pode ser encontrada nos artigos 11 e 12 da Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados, de 23 de Agosto de 1978. Sobre a

incluídos tratados de criação do estatuto de neutralidade perpétua de um Estado, como no caso da Suíça, de criação de novos Estados, de desmilitarização de zonas territoriais específicas, como no caso das Ilhas Aaland, e de regulamentação de vias de comunicação internacionais, como no caso dos canais do Suez, do Panamá³⁸ e de Kiel³⁹. Um dos seus exemplos mais controversos é o relativo ao estatuto das regiões antárticas, regulado pelo Tratado de Washington, na medida em que este regime convencional foi elaborado fora do quadro da Organização das Nações Unidas e beneficia os contratantes originários relativamente aos Estados aderentes⁴⁰.

A problemática subjacente aos denominados tratados objectivos não é, no entanto, no seu núcleo essencial, um problema de efeitos de tratados em relação a terceiros, não obstante a sua configuração poder conduzir nesse sentido.

questão, Maria del Carmen MÁRQUEZ CARRASCO, «Régimes de frontières et autres régimes territoriaux face à la succession d'Etats», in EISEMANN, P. M. e KOSKENNIEMI, M. (edits), *La succession d'Etats: la codification à l'épreuve des faits/ State succession: codification tested against the facts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2000, pp. 495 a 541.

³⁸ Em sentido contrário, em 2002, tendo em consideração o regime jurídico-internacional estabelecido em 1977, nomeadamente o Treaty Concerning the Permanent Neutrality and Operation of the Panama Canal, de 7 de Setembro, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 103 a 108.

³⁹ Sobre a questão, RAGAZZI, *The concept of international...*, cit., pp. 24 a 27; CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 689 a 695; BASTID, *Les traités...*, cit., p. 154; Jost DELBRÜCK, «“Laws in the public interest” – some observations on the foundations and identification of erga omnes norms in International Law», in GÖTZ, Volkmar, SELMER, Peter e WOLFRUM, Rüdiger (edits), *Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85 Geburtstag*, Springer, Berlin – Heidelberg – New York – Barcelona – Hongkong – London – Mailand – Paris – Singapur – Tokio, 1998, pp. 20 e 21; e ROUSSEAU, *Droit international...*, cit., pp. 187 e 188, que os qualifica como “traités bénéficiant «ipso facto» aux Etats tiers”.

⁴⁰ Sobre a questão, em termos gerais, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 121 a 136; em termos muito críticos, TOMUSCHAT, «Obligations arising...», cit., pp. 245 a 247; e FROWEIN, «Reactions by not...», cit., p. 362, que o qualifica como fazendo parte do “constitutional system of present-day international law”.

Não é, por um lado, nas situações em que os terceiros possam beneficiar de um direito, na medida em que a sua actuação em conformidade com o regime jurídico instituído pelo tratado pode ser reconduzida a uma manifestação de consentimento a estar vinculado. Com efeito, ao actuarem em consonância com a regulamentação convencional existente - por exemplo, a relativa à utilização de um canal internacional - os Estados estão a demonstrar que a aceitam⁴¹. O que significa que, a partir de então, devem passar a respeitá-la em todas as situações em que possam ter um interesse relevante na regulamentação jurídico-internacional em causa. Caso contrário, se entendessem que o regime jurídico em questão era contrário ao Direito Internacional, teriam manifestado a sua discordância, em particular através de protesto⁴², de forma a que as suas actuações futuras nessa matéria não pudessem ser condicionados ou afectadas pelo regime jurídico em questão⁴³. Da mesma forma que, se entendessem que o compromisso internacional em causa era contrário aos seus interesses, não teriam actuado em conformidade com um regime jurídico com que não concordam.

⁴¹ Em sentido próximo, Afonso RODRIGUES QUEIRÓ, *Direito internacional público*, Coimbra, 1960, pp. 108 e 109, ao abordar a questão na perspectiva dos “tratados que conferem direitos imutáveis a terceiros Estados”; CORREIA BAPTISTA, *Direito internacional...*, vol. I, cit., pp. 238 a 240; e Philippe BRAUD, «Recherches sur l’État tiers en droit international public», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 72, 1968, pp. 31 e 32 e 76 e 77.

⁴² Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., p. 685, e JACQUÉ, *Eléments pour une théorie...*, cit., pp. 464 e 465, que citam o regime jurídico-internacional do Danúbio, revisto pelos Estados socialistas, em 1948, na Conferência de Belgrado, no qual o reforço dos poderes dos Estados ribeirinhos foi objecto de protesto por parte dos EUA, da França e do Reino Unido; e FITZMAURICE, «Third parties...», cit., p. 125, que chama a atenção para o facto de que o regime jurídico-internacional das regiões antárticas foi objecto de qualquer protesto, nem no momento da sua conclusão, nem nos anos subsequentes.

⁴³ O que implica uma reacção pronta e adequada em relação à situação em causa, caso contrário deixará de ser relevante como o afirmou o TIJ, no *Caso do Diferendo Fronteiriço Terrestre, Insular e Marítimo*, ICJ Reports 1992, p. 577, § 364, ao decidir que o protesto “coming after a long history of acts of sovereignty (...) was made too late to affect the presumption of acquiescence”.

Não é, por outro lado, em termos ainda mais intensos, nas situações em que o regime jurídico em questão pode vigorar na sua plenitude sem que se estabeleçam quaisquer relações com terceiros. Nestes casos, o fundamental é que as partes contratantes criem as condições necessárias ao cumprimento do regime jurídico constante do compromisso internacional entre si concluído e os terceiros não pratiquem qualquer acto que interfira com a produção de efeitos⁴⁴. O fundamental é, assim, que os Estados partes actuem no âmbito do regime jurídico que foi criado convencionalmente e os terceiros não contratantes respeitem o estatuto jurídico que tenha sido instituído pelo compromisso internacional em causa.

Nestes termos, face às vinculações internacionais que regulam espaços, as actuações dos terceiros não contratantes materializam-se através de actos positivos de aceitação ou de respeito, ou de actos negativos de protesto ou de violação. O que significa que todas as situações de contacto com o regime jurídico em questão, sejam ou não intencionais, podem ser objecto de uma valoração em termos de declaração de vontade.

Daqui resulta que a faceta original desta categoria doutrinal de tratados não seria constituída pelas relações contratuais que se estabelecem entre as partes contratantes, nem pela qualificação das manifestações de vontade dos terceiros Estados não participantes. O fundamental seria antes determinar se estas vinculações internacionais teriam uma natureza estritamente convencionais ou se, pelo contrário, um fundamento distinto. Isso significa, contudo, que a exacta compreensão dos tratados objectivos só poderá ser feita no âmbito da apreciação dos efeitos do costume ou das

⁴⁴ Nesse sentido, BRAUD, «Recherches sur l’État...», cit., p. 69, ao defender que “[l]’État tiers est tenu de prendre en considération ce fait que constitue l’existence d’un traité licite et valide. Il a l’obligation juridique de s’abstenir d’entraver son exécution et d’accepter même d’en subir les répercussions défavorables; il doit donc adopter une certaine attitude”; e JACQUÉ, *Eléments pour une théorie...*, cit., p. 475, com recurso à noção de “tolérance générale”. Em sentido próximo, NAPOLETANO, «Some remarks...», cit., pp. 84 e 85, refere a possibilidade de uma atitude de neutralidade, em que não manifestada nem concordância nem discordância.

normas de *ius cogens* e das obrigações *erga omnes*⁴⁵. Daqui resulta que se saiu claramente do âmbito da questão dos efeitos dos tratados em relação a terceiros.

Assim sendo, é muito mais relevante para a compreensão do Direito Internacional vigente nesta matéria proceder à apreciação de uma construção jurídica convencional em que os tratados, embora não produzam efeitos em relação a terceiros, são intencionalmente modelados para influenciar os seus comportamentos.

2. A produção de efeitos convencionais reflexos em relação a terceiros

2.1. Considerações gerais

Na verdade, embora a denominada produção de efeitos das vinculações internacionais em relação a terceiros se limite a ser uma forma específica de alcançar a produção de efeitos em relação às partes vinculadas pelo compromisso internacional em causa, isso não significa que não existam situações em que a produção de efeitos em relação às partes não seja organizada em termos tais que não possa ter efeitos reflexos em relação a terceiros.

São situações diferentes, embora possam parecer idênticas. No primeiro caso, da produção de efeitos dos tratados em relação a terceiros, em claro desrespeito da autonomia dos Estados, o que estaria a suceder seria um

caso de manifesta interferência na liberdade de vinculação dos sujeitos de Direito Internacional. Através de um acordo internacional, modelado à medida dos seus interesses individuais ou de pretensos interesses colectivos, o que seria muito mais grave, o que alguns Estados estariam a fazer seria a fixar, de forma directa e intencional, os comportamentos de terceiros, independentemente do seu consentimento. No segundo caso, de produção de efeitos reflexos, em termos distintos, em consonância com a liberdade soberana de cada Estado, o que se pretende é influenciar o comportamento de terceiros Estados. Nestes termos, os terceiros visados mantêm a possibilidade de actuar em sentido distinto do que consta no compromisso internacional em questão, o que é decisivo, na medida em que não manifestaram o seu consentimento a fazê-lo nos termos previstos nesse regime jurídico-internacional.

Em conformidade, não existindo o consentimento do terceiro Estado, os Estados participantes no acordo internacional não podem impor ou exigir um determinado comportamento. O que podem é, com respeito pela vontade dos terceiros visados, desenvolver actuações, conformes ao Direito Internacional, susceptíveis de gerar acções ou omissões voluntárias por parte destes no sentido pretendido. Nestes casos, os tratados em causa não se limitam a produzir efeitos que podem ser relevantes para os interesses dos terceiros Estados. Pretendem, pelo contrário, de uma forma distinta, influenciar intencionalmente o seu comportamento.

2.2. A produção de efeitos convencionais relevantes em relação aos interesses de terceiros

Em resultado da intensa interdependência do mundo actual, é muito frequente os tratados produzirem efeitos que podem ser relevantes em relação aos interesses de terceiros⁴⁶. Esses efeitos podem ser muito

⁴⁵ Nesse sentido, DINH, DAILLIER e PELLET, *Droit international...*, cit., pp. 248 a 252; e Vladimir-Djuro DEGAN, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston – London, 1997, p. 423. Em 1968, BRAUD, «Recherches sur l'État...», cit., pp. 77 a 84, procurava explicar algumas das situações enquadradas no âmbito dos tratados objectivos como base na “existence d'une hiérarchie de fait”, em resultado da qual (p. 77) “[d]ans une conjoncture internationale particulière, des Etats peuvent se comporter como de véritables législateurs internes, c'est-à-dire dicter une loi à d'autres Etats”. De forma semelhante, em 1972, JACQUÉ, *Eléments pour une théorie...*, cit., pp. 463 e 473 a 476, com base na ideia de uma “gestion commune par un ensemble d'Etats suffisamment représentatifs”, afirmava (p. 463) “qu'un certain nombre de régimes établis conventionnellement s'imposent *erga omnes*. Les conventions qui établissent ces régimes sont l'oeuvre d'un groupe de puissances particulièrement intéressées qui se trouvent dans une situation telle qu'elles peuvent imposer leur volonté aux tiers”.

⁴⁶ Nesse sentido, SCHWEISFURTH, «*International treaties...*», cit., pp. 655 e 656; e CHINKIN, *Third parties...*, cit., pp. 18 a 22, que defende (p. 21) que “[t]he words ‘obligation’ and ‘right’ provide no analysis of what might actually occur within the relationships between the parties and between the parties and non-parties, or of the

diversificados, variando nomeadamente em função dos sujeitos envolvidos, do objecto da vinculação, da proximidade geográfica e da experiência anterior de colaboração.

Em termos abstractos, podem ser distinguidas duas hipóteses genéricas. Ao nível material, por um lado, a existência de um acordo internacional, por exemplo, entre A e B, poderá implicar a impossibilidade factual de vir a ser alcançado, durante o período da sua vigência, um compromisso internacional do mesmo tipo entre um qualquer terceiro e A e/ou B. Ao nível jurídico, por outro lado, a conclusão de um acordo internacional, por exemplo, entre C e D, poderá desencadear reacções, fundamentadas no Direito Internacional, por parte de um qualquer terceiro que entenda que os seus interesses estão a ser postos em causa pelo compromisso que foi assumido por esses outros sujeitos de Direito Internacional⁴⁷.

Da mesma forma que, configurando um direito passível de ser exercido por qualquer interessado que preencha as condições estipuladas, a inclusão de cláusulas de adesão em tratados alarga as opções que se apresentam aos Estados para prosseguir os seus interesses⁴⁸, em conformidade com o artigo 15 CVDT69, na medida em que não se afigura defensável a existência de direito genérico de participação em vinculações internacionais concluídas por terceiros⁴⁹.

Nestes termos, a produção pelos tratados de efeitos que podem ser relevantes para os interesses de terceiros Estados não é intencional, sendo o resultado normal da existência de interesses conflitantes e da finitude do espaço onde os sujeitos de Direito Internacional actuam. No caso da produção de efeitos reflexos, pelo contrário, o que as partes pretendem é que o acordo de vontade alcançado possa contribuir para a modificação do comportamento de terceiros.

2.3. Condições e limites à utilização de tratados com efeitos reflexos em relação a terceiros

A intencional produção de efeitos reflexos por regimes convencionais é particularmente adequada aos casos em que o objecto, os objectivos ou os efeitos da vinculação internacional estejam divididos entre espaços submetidos à jurisdição dos Estados e espaços que não estejam submetidos a essa jurisdição. A sua utilização é, em conformidade, especialmente indicada em duas situações.

Em primeiro lugar, quando os Estados pretendem regular matérias ou questões situadas, parcial ou totalmente, fora do espaço submetido à sua jurisdição e relativamente às quais é particularmente relevante a actuação que venha a ser desenvolvida pelos Estados não participantes.

Em segundo caso, na regulamentação jurídico-internacional de matérias ambientais, na medida em que as relações com terceiros Estados não vinculados pode conduzir à subversão do regime instituído pelo compromisso internacional alcançado nessa matéria.

Isso significa, como é evidente, que a eficácia dos efeitos reflexos de regime convencional está dependente da existência de uma qualquer conexão com o terceiro Estado, nomeadamente na existência de uma relação entre o Estado parte e o Estado não parte. Caso contrário, a influência que possa ter na modelação dos comportamentos de terceiros será muito diminuta, na medida em que estará na dependência exclusiva da sua vontade de colaborar.

Daqui decorre que nos tratados com efeitos reflexos em relação a terceiros os Estados pretendem alcançar por essa via aquilo que não foi possível alcançar através da manifestação do consentimento dos terceiros Estados em causa. Nestes termos, este tipo de efeitos só deve ser utilizado em situações excepcionais.

Por um lado, nas situações em que não tenha sido possível conduzir o sujeito renitente a participar em negociações internacionais, após ter sido instado a fazê-lo, ou a justificar adequadamente a sua atitude negativa. Por outro lado, em razão da sua não vinculação aos

chain of action and response that is likely to unwind from the conclusion and subsequent performance of any treaty”.

⁴⁷ Sobre a questão, CHINKIN, *Third parties...*, cit., pp. 71 a 80.

⁴⁸ Sobre a questão, CHINKIN, *Third parties...*, cit., pp. 52 a 57.

⁴⁹ Nesse sentido, SCHWEISFURTH, «*International treaties...*», cit., pp. 657 a 660.

instrumentos internacionais que vigoram numa determinada matéria, na medida em que a regulação da questão em causa possa transcender manifestamente os interesses estritamente individuais dos sujeitos em causa. Caso contrário, estaria a ser violada a igualdade entre os Estados através de uma interferência ilegítima na sua liberdade de auto-regulação, componente essencial da sua soberania.

A inclusão de efeitos reflexos em vinculações internacionais não pode ser entendida, em conformidade, como uma alternativa a negociações falhadas, em particular se a não participação dos terceiros Estados não tiver consequências negativas na execução da vinculação internacional em causa.

A sua utilização não é, além disso, compatível com as situações em que os efeitos da vinculação internacional estão circunscritos ao âmbito da jurisdição de cada um dos sujeitos de Direito Internacional participantes.

Implicando uma actuação conjugada, a sua utilização não é, em conformidade, compatível com vinculações bilaterais ou em que possam apenas participar um número reduzido de Estados, a menos que a situação geográfica seja muito específica, desde logo pela dimensão dos sujeitos de Direito Internacional envolvidos.

3. A prática da conclusão de regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros

3.1. A prevalência da utilização de regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros no Direito Internacional do Ambiente

Na prática internacional podem ser encontrados alguns exemplos de regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros, com destaque para o Direito Internacional do Ambiente. A sua utilização não é, no entanto, apenas circunscrita a esse domínio, como o

exemplifica a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961⁵⁰.

O artigo 14 da Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 é relevante nesta matéria, dado que demonstra que a eficácia dos efeitos reflexos está condicionada à existência de uma relação potencial entre os Estados partes no compromisso internacional e os terceiros Estados não partes. Com efeito, tendo em consideração a redacção modificada pelo Protocolo de 1972, está previsto na alínea a) do nº 1 que “o Órgão tem o direito de propor ao Governo interessado consultas ou pedir-lhe explicações”, quando tenha “razões objectivas para crer que os fins da presente Convenção são seriamente comprometidos pelo facto de uma Parte, um país ou um território não cumprir as disposições da presente Convenção”⁵¹. Da mesma forma que, nos termos da alínea b), pode ser pedido “ao Governo interessado que tome as medidas correctivas que, atendendo às circunstâncias, possam parecer necessárias para assegurar a execução das disposições da (...) Convenção”. Contudo, se o terceiro Estado não tomar voluntariamente qualquer atitude em conformidade com o regime convencional, a conduta do terceiro Estado só poderá ser influenciada se, em conformidade com o nº 2, fôr possível “recomendar às Partes a suspensão da importação de estupefacientes provenientes do país interessado, ou a exportação de estupefacientes com destino a esse país ou território, ou, simultaneamente, a importação e exportação, quer por um

⁵⁰ A Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 pode ser encontrada em <http://www.unodc.org>.

⁵¹ Protocolo Emendando a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, de 25 de Março de 1972 (Protocolo Emendando a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 – Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, 25 de Março de 1972 – versão portuguesa publicada no Diário da República I Série, nº 292, de 21 de Dezembro de 1978, pp. 2711 a 2717). Em termos consonantes, na disposição em questão é, ainda, previsto que “[s]e, embora não tenha deixado de cumprir as disposições da presente Convenção, uma parte ou país ou território se tornou num centro importante de cultura, de produção, de fabrico, de tráfico ou de consumo ilícito de estupefacientes, ou que existe manifestamente um grave risco de vir a sê-lo, o Órgão tem o direito de propor ao Governo interessado o início de consultas”.

período determinado, quer até que a situação nesse país ou território seja (...) satisfatória”.

É, contudo, no campo do Direito Internacional do Ambiente que a utilização de regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros tem sido mais frequente. Devem ser referidos quatro exemplos neste domínio: i) o artigo X da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Ameaçadas de Extinção (CITES), de 1973; ii) o artigo 4 do Protocolo de Montreal relativo às Substâncias que Empobrecem a Camada do Ozono, de 1979; iii) os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 1989; iv) e o artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica, de 2000.

3.2. O artigo X da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Ameaçadas de Extinção (CITES) de 1973

Em primeiro lugar, deve ser referenciado o artigo X CITES, de 1973⁵², relativo ao “comércio com Estados que não são partes da Convenção”. Em conformidade com esta disposição, as transacções entre os Estados partes e terceiros Estados, relativas a espécies (alínea a) do artigo I) ou espécimes (alínea b) do artigo I) abrangidos por este regime convencional, são permitidas desde que sejam emitidos pelo Estado não parte “documentos similares, concedidos pelas autoridades competentes”, àqueles que são exigidos pela CITES aos Estados partes. A matéria tem sido objecto de regulamentação pela Conferência das Partes, prevista no artigo XI CITES, com o objectivo de especificar o que deve ser entendido por “documento similar” e as condições em que poderá ser aceite pelas Partes⁵³⁻⁵⁴.

⁵² Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da fauna e da Flora Ameaçadas de Extinção – Convention on the International Trade in Endangered Species of World Fauna and Flora – CITES, Março de 1973 (versão portuguesa publicada no Diário da República, Série I, nº 168, de 23 de Julho de 1980, pp. 1807 a 1816).

⁵³ Resolução Conf. 9.5., aprovada na nona Conferência das Partes, que teve lugar em Fort Lauderdale, entre 7 a 18 de Novembro de 1994 - Commerce avec les Etats non-

3.3. O artigo 4 do Protocolo de Montreal relativo às Substâncias que Empobrecem a Camada do Ozono, de 1979

Em segundo lugar, é particularmente significativo o artigo 4 do Protocolo de Montreal⁵⁵, baseado em restrições à importação e à exportação de um conjunto de produtos pelos Estados partes em relação aos Estados não participantes no seu regime convencional⁵⁶⁻⁵⁷.

parties à la Convention, na qual se exige, nomeadamente, que “iv) en cas d’exportation de spécimens d’une espèce inscrite aux Annexes I ou II, la certification du fait que l’institution scientifique compétente a émis l’avis que l’exportation ne nuira pas à la survie de l’espèce (...) et que les spécimens n’ont pas été obtenus en contravention aux lois de l’Etat d’exportation”, e que “vi) en cas d’exportation ou de réexportation de spécimens vivants, la certification du fait qu’ils seront transportés de façon à éviter les risques de blessures, de maladie ou de traitement rigoureux”.

⁵⁴ Sobre a questão, W. WIJNSTEKERS, *The evolution of CITES*, 6ª ed., 2001, (disponível em <http://www.cites.org>), pp. 289 a 293, que refere, ao analisar a Resolução Conf. 9.5., que (p. 291) “[t]he fact that comparable documents contain the statements referred to in recommendations iii) to vi) may not be more than that. Non-parties are obviously not bound by the Convention, they may not have the necessary comparable legislation and consequently their comparable documents cannot be expected to have the same value and provide the same guarantees as those issue by Parties”. A não produção de efeitos da CITES em relação a terceiros Estados não partes foi, além disso, implicitamente reconhecida pela Conferência das partes, ao não renovar posteriormente a solicitação de serem apresentados relatórios anuais pelos Estados não partes, formulada em 1985.

⁵⁵ Protocolo de Montreal relativo às Substâncias que Empobrecem a Camada do Ozono – Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, de 16 de Setembro de 1987 (versão portuguesa publicada no Diário da República, I Série, nº 200, de 30 de Agosto de 1988, pp. 3567 a 3572).

⁵⁶ Sobre a questão, Betsy BAKER, «Eliciting non-party compliance with multilateral environmental treaties: U.S. legislation and the jurisdictional bases for compliance incentives in the Montreal Ozone Protocol», *GYIL*, vol. 35, 1992, em especial, pp. 357 a 360; Winfried LANG, «Trade restrictions as a means of enforcing compliance with international environmental law. Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer», in WOLFRUM, Rüdiger (edit.), *Enforcing environmental standards: economic mechanisms as viable means?*, Springer, Berlin – Heidelberg – New York – Barcelona –

O seu objectivo é conduzir o Estado não parte a actuar em conformidade com o disposto na vinculação internacional, apesar de não ser possível exigir o seu cumprimento, através da limitação das suas possibilidades de actuação nesta matéria.

Com esse objectivo, o artigo 4⁵⁸ comporta cinco obrigações específicas para os Estados partes. Em primeiro lugar, no n.º 1, proíbe a importação de substâncias controladas de qualquer Estado não contratante. Em segundo lugar, no n.º 2, proíbe a exportação de substâncias controladas para qualquer Estado que não seja parte no Protocolo. Em terceiro lugar, no n.º 4, prevê a possibilidade de ser proibida ou restringida a importação de terceiros Estados de produtos que sejam produzidos com a utilização de substâncias controladas, embora esses produtos as não contenham, após a elaboração de uma lista dos produtos em questão.

Budapest - Hongkong - London - Mailand - Paris - Santa Clara - Singapur - Tokio, 1996, pp. 268 a 273; David HURLBUT, «Beyond the Montreal protocol: impact on nonparty states and lessons for future environmental protection regimes», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 4, n.º 2, 1993, pp. 357 a 363; Alfred C. AMAN Jr., «The Montreal protocol on substances that deplete the ozone layer: providing prospective remedial relief for potential damage to the environmental commons», in FRACIONI, F., e SCOVAZZI, T. (edits), *International responsibility for environmental harm*, Graham & Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1991, pp. 202 e 203; Scott BARRETT, «International cooperation and the international commons», *Duke Environmental Law and Policy Forum*, vol. 10, n.º 1, 1999, p. 143, que salienta que “it can only be acceptable to impose sanctions against free-riders, as opposed to nonparticipants”.

⁵⁷ São manifestas as vantagens deste esquema relativamente ao mecanismo previsto no n.º 3 do artigo 15 CDB que, ao não definir quando é que um recurso biológico posto à disposição de um Estado, não obriga os Estados partes a proibir a sua importação ou utilização.

⁵⁸ A versão original do artigo 4 do Protocolo de Montreal de 1987, com a epígrafe “Regulamentação das trocas comerciais com Estados não partes do Protocolo”, foi objecto de um conjunto de aditamentos, em conformidade com as emendas que foram introduzidas ao Protocolo de Montreal, em 1990 (Londres), em 1992 (Copenhaga), em 1995 (Viena), em 1997 (Montreal), e em 1999 (em Pequim) – a versão actualizada pode ser encontrada em <http://www.unep.org/ozone> (*Protocolo de Montreal relativo a las substancias que agotan la capa de ozono en su forma ajustada y/o enmendada en Londres, 1990, Copenhague, 1992, Viena, 1995, Montreal, 1997 e Beijing, 1999*).

Em quarto lugar, no n.º 5, estipula que os Estados partes devem, na medida do possível, evitar a exportação para Estados não partes de tecnologia destinada a produzir ou a utilizar substâncias controladas. Em quinto lugar, determina o n.º 6 que os Estados partes devem limitar a concessão de meios financeiros destinados à exportação para Estados não partes de produtos, equipamentos, fábricas ou tecnologia que possam facilitar a produção das substâncias controladas.

Nestes termos, apesar de o Protocolo de Montreal não produzir directamente efeitos em relação aos Estados não partes, o cumprimento que é exigido aos Estados partes na vinculação internacional tem um efeito reflexo nos Estados não contratantes⁵⁹. Com efeito, no estrito respeito da soberania territorial, não é imposta aos Estados não partes qualquer proibição de produção ou de utilização das substâncias controladas. Da mesma forma que não existe qualquer interferência nas relações que podem ser estabelecidas exclusivamente entre Estados não participantes. O que fica substancialmente reduzido, em resultado do artigo 4, é a margem de manobra dos Estados partes no Protocolo relativamente a estas matérias e, em contraponto, as opções de negociação dos Estados não partes em relação aos Estados partes.

3.4. Os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 1989

Em terceiro lugar, devem ser referidos os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 22 de Março de 1989⁶⁰, na medida em

⁵⁹ Sobre a questão, o estudo «*The implications of becoming or not becoming a party to the Vienna Convention and the Montreal Protocol including its amendments*», elaborado pelo Ozone Secretariat (UNEP/OzL.Pro/12/INF/5, 27 September 2000).

⁶⁰ Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação – Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, 22 de Março de 1989 (versão portuguesa publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 246, de 20 de Outubro de 1993, pp. 5890 a 5904).

que proibem a exportação e a importação de resíduos perigosos para Estados não partes, a menos que estejam reunidas algumas das condições previstas na Convenção sobre a matéria⁶¹. Na verdade, embora o n.º 5 do artigo 4 preveja taxativamente que não será permitida a exportação para Estados não partes e a importação de Estados não partes, o n.º 1 do artigo 11 permite esses movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos desde que sejam conformes com determinadas condições compatíveis com a Convenção, a incluir em acordos bilaterais, regionais ou multilaterais a serem concluídos com terceiros Estados. Isso significa que os Estados partes estão obrigados a propor aos terceiros Estados um regime jurídico com um conteúdo mínimo previamente determinado, sob pena de estarem em violação do artigo em questão, o que condiciona a margem de negociação dos Estados em presença⁶².

3.5. Artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica, de 2000

E, finalmente, em quarto lugar, deve ser mencionado o artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica, de 29 de Janeiro de 2000⁶³, que sujeita os movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados entre Estados partes e Estados não partes aos objectivos previstos no Protocolo. Em

⁶¹ Sobre a questão, Duncan BRACK, «Reconciling the GATT and multilateral environmental agreements with trade provisions: the latest debate», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 6, 1997, p. 113.

⁶² Além disso, em termos que não consubstanciam um efeito reflexo em sentido próprio, o artigo 7 prevê que os movimentos fronteiriços de resíduos perigosos e de outros resíduos a partir de uma parte, e através de Estados que não são partes da Convenção, devem ser objecto de consentimento pelos terceiros Estados, em conformidade com o n.º 2 do artigo 6, aplicável *mutatis mutandis*, que estabelece que “[o] Estado de importação responderá ao notificador por escrito, consentindo no movimento com ou sem condições, negando permissões para o movimento ou requerendo informações adicionais”. Sobre a questão, HANDL, «Regional arrangements...», cit., pp. 224 e 225.

⁶³ Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica à Convenção sobre a Diversidade Biológica – Cartagena Protocol on Biosafety, de 29 de Janeiro de 2000 (versão portuguesa publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L201, de 31 de Julho de 2002, pp. 50 a 65).

contraponto, a questão da relação entre os Estados partes e os terceiros Estados não foi objecto de tratamento exposto na Convenção da Diversidade Biológica (CDB)⁶⁴.

Nos termos do n.º 1 do artigo 24, as transacções com terceiros Estados são permitidas desde que sejam consistentes com os objectivos do Protocolo. O apuramento dessa compatibilidade poderá ser feito de forma individualizada ou enquadrado no âmbito de acordos internacionais, sejam estes bilaterais, regionais ou multilaterais. Em qualquer das situações, no entanto, será ao Estado parte que caberá propor ao terceiro Estado as condições compatíveis com o cumprimento do Protocolo, sem o respeito das quais o movimento transfronteiriço não poderá ter lugar⁶⁵, independentemente de se tratar de uma importação ou de uma exportação. A percepção do terceiro Estado para os problemas envolvidos poderá ser, contudo, distinta, consoante seja ou não parte da CDB. É que no primeiro caso, sendo parte da CDB, independentemente do regime jurídico instituído pelo Protocolo, está obrigado ao respeito da alínea g) do artigo 8 CDB e do n.º 4 do artigo 19 CDB⁶⁶.

⁶⁴ Convenção sobre a Diversidade Biológica – Convention on Biological Diversity, Nairobi, 22 de Maio de 1992 (versão portuguesa publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 143, de 21 de Junho de 1993, pp. 3368 a 3380).

⁶⁵ Em sentido próximo, Ruth MACKENZIE, Françoise BURHENNE-GUILMIN, Antonio G. M. LA VIÑA, Jacob D. WERKSMAN, Alfonso ASCENCIO, Julian KINDERLERER, Katharina KUMMER e Richard TAPPER, *An explanatory guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*, IUCN Environmental Policy and Law Paper n.º 46, IUCN – The World Conservation Union, 2003, p. 155, ao referirem que “[w]hile the agreement or arrangement would not need to replicate the same procedures and techniques, such as the AIA, provisions, contained in the Protocol (...) as a minimum, it should provide for a mechanism to ensure safe transfer, handling and use of LMOs, and for a method to provide the importing country with an opportunity and a basis for deciding whether or not to consent to the import of LMOs”.

⁶⁶ Nesse sentido, MACKENZIE, BURHENNE-GUILMIN, LA VIÑA, WERKSMAN, ASCENCIO, KINDERLERER, KUMMER e TAPPER, *An explanatory guide...*, cit., p. 153.

Ao tornarem a questão da aplicação dos tratados em relação a terceiros não contratantes os Estados prosseguem dois objectivos. Por um lado, ao utilizarem esta técnica de imposição indirecta de comportamentos, os Estados alcançam resultados que não seriam obtidos com a inclusão dos Estados não partes no âmbito de aplicação subjectiva do compromisso internacional em questão, em resultado da relatividade dos tratados. Por outro lado, ao regularem a matéria no âmbito de pressupostos estritamente convencionais, demonstram a sua intenção positiva em escapar às dificuldades insitas na utilização dos conceitos das normas de *ius cogens* e das obrigações *erga omnes*.

4. A produção de efeitos convencionais reflexos dos tratados de protecção do ambiente no espaço marinho

4.1. Considerações gerais

O espaço marítimo é particularmente adequado à existência de normas que produzem efeitos em relação a um conjunto diversificado de sujeitos. Na verdade, com excepção das águas interiores, todas as restantes zonas dos oceanos devem ser compreendidas como espaços onde podem actuar e coexistir simultaneamente vários sujeitos de Direito Internacional⁶⁷.

Nestes termos, fundado em zonas com estatutos diferenciados, o Direito do Mar concilia o direito do Estado costeiro a exercer, de forma exclusiva, um conjunto de direitos nas zonas submetidas à sua jurisdição, com a permissão concedida a todos os outros Estados de também poderem actuar no espaço em questão, ao abrigo de direitos fundados no Direito Internacional que são próprios e específicos.

Nas zonas submetidas à jurisdição do Estado costeiro, o Direito do Mar procura conciliar a actuação do

Estado costeiro, em relação ao espaço, com a prossecução de um conjunto de actividades por parte dos restantes Estados. Nas zonas não submetidas à jurisdição nacional, a sua função é regular primacialmente actividades, na medida em que esteja garantido que o alto mar e a Área não podem ser objecto de apropriação por parte de qualquer Estado.

No entanto, a necessidade de assegurar a liberdade da navegação leva a que, na coluna de água, os poderes dos Estados costeiros nunca possam ser assimilados a uma soberania territorial. Em termos exemplares, a zona económica exclusiva foi concebida a partir de uma estrutura de poderes funcionais, de forma a garantir ao Estado costeiro o acesso ao aproveitamento dos recursos naturais, com destaque para os recursos naturais marinhos vivos, e a permitir que não fosse posto em causa o direito à circulação dos restantes Estados nos oceanos.

Complexo seria saber se as normas da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em 10 de Dezembro de 1982 (Convenção de 1982)⁶⁸ que regulam a Área teriam sido dotadas da potencialidade de produzirem efeitos em relação a terceiros, constituindo uma notável excepção ao princípio da relatividade dos tratados.

Essa hipótese é, no entanto, expressamente afastada pela própria Convenção de 1982, em conformidade com o n.º 6 do artigo 311⁶⁹. Com efeito, nos

⁶⁷ Sobre a questão, a síntese feita no nosso «A evolução futura da cooperação transfronteiriça nos domínios do ambiente e do ordenamento do território nas zonas costeiras e no espaço marítimo», nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocência Galvão Telles por ocasião dos seus noventa anos de idade*, Lisboa, 2007 (no prelo).

⁶⁸ Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do mar, de 10 de Dezembro de 1982 (versão portuguesa publicada no Diário da República, Série I, n.º 238, de 14 de Outubro de 1997, pp. 5486 (95) a 5486 (183)).

⁶⁹ Nesse sentido, o Comentário da Virgínia à Convenção de 1982, no seu volume quinto (Myron H. NORDQUIST, Shabtai ROSENNE e Louis B. SOHN (edits), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A commentary. Volume V – Articles 279 to 320. Annexes V, VI, VII, VIII and IX. Final Act, Annex I, Resolution I, III and IV*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 1989), p. 243, ao defender que “[p]aragraph 6 prohibits certain types of amendment, without going so far as to state expressly that the principle set forth in article 136 is a rule of *ius cogens*. This is believed to be one of the first major multilateral treaties to include a provision of this nature. It is doubtful, however, if this can be read as more than a declaration of intent, and it would not affect the validity of any amendment duly adopted in accordance with specific provisions of the Convention

termos da disposição em causa, a salvaguarda do “princípio fundamental relativo ao património comum da humanidade estabelecido no artigo 136” é uma tarefa que está exclusivamente atribuída aos Estados partes⁷⁰.

A rejeição da produção de efeitos da Parte XI em relação a terceiros Estados não impede, contudo, que a sua existência não deva ser respeitada por todos os Estados não partes na Convenção de 1982, em resultado da oponibilidade *erga omnes* da sua regulamentação. Com efeito, não só os terceiros Estados devem ter em consideração a sua existência nas actividades que venham a desenvolver no espaço em questão, ao abrigo da liberdade do alto mar, como não devem praticar quaisquer actos que intencionalmente possam pôr em causa o seu funcionamento⁷¹.

4.2. O problema da qualificação do controlo de navios pelo Estado do porto, no que respeita ao cumprimento das regras relativas a construção, equipamento, tripulação e operação, em resultado da

relevant to the concrete case”; CORREIA BAPTISTA, *Ius cogens...*, cit., p. 478, nota 272; com dúvidas, Budislav VUKAS, «The Law of the Sea Convention and the law of the treaties», in GÖTZ, Volkmarr, SELMER, Peter e WOLFRUM, Rüdiger (edits), *Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85 Geburtstag*, Springer, Berlin – Heidelberg – New York – Barcelona – Hongkong – London – Mailand – Paris – Singapur – Tokio, 1998, p. 650; e, na dependência do número de Estados vinculados à Convenção de 1982, Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory norms (ius cogens) in international law. Historical development, criteria, present status*, Lakimiesliiton Kustannus – Finnish Lawyer’s Publishing Company, Helsinki, 1988, p. 570. Em sentido contrário, ROUCOUNAS, «Engagements parallèles...», cit., p. 236, ao defender que “[l]’article 311, paragraphe 6, établit ainsi expressément la suprématie normative sans distinguer entre les engagements *inter se* et les accords conclus avec les tiers”.

⁷⁰ Nesse sentido, G. M. DANILENKO, *Law-making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1993, p. 241. Em sentido contrário, CORREIA BAPTISTA, *Direito internacional...*, vol. I, cit., p. 269, nota 789.

⁷¹ Sobre o regime jurídico da Área previsto na Convenção de 1982 com as alterações introduzidas pelo Acordo Relativo à Aplicação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de Dezembro de 1982, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 516 a 558.

aplicação dos denominados MOU (Memorandum of Understanding)

Antes de prosseguir, importa fazer referência a uma situação que não é passível de ser enquadrada em nenhum dos conceitos anteriores: o controlo de navios pelo Estado do porto, no que respeita ao cumprimento das regras relativas a construção, equipamento, tripulação e operação, em resultado da aplicação dos denominados MOU (Memorandum of Understanding).

Neste caso, em consonância com o âmbito de aplicação territorial da ordem jurídica do Estado do porto, a administração portuária subscritora do MOU em questão procede à inspecção de navios que se encontram voluntariamente em portos situados no território do respectivo Estado⁷², podendo aplicar, no desempenho dessa actividade, compromissos internacionais de que o Estado do porto é parte, independentemente da posição que tenha sido assumida em relação a essas vinculações internacionais pelo Estado de bandeira. Isso significa que as inspecções aos navios em causa irão ser conduzidas de acordo com as normas (international vessel standards) vigentes no Estado do porto, e não em conformidade com as vigentes no Estado da sua nacionalidade.

Contudo, apesar de a situação se traduzir na aplicação a nacionais de terceiros Estados de vinculações internacionais de que o Estado da nacionalidade não é parte, a fiscalização de navios pelo Estado do porto não pode ser compreendida como uma excepção à relatividade dos tratados. Por um lado, na medida em que a sua aplicação é consentida pelo Direito Internacional ao abrigo dos poderes reconhecidos ao Estado do porto quando um navio estrangeiro pretende utilizar os serviços que são postos à sua disposição num porto⁷³. Por outro

⁷² Sobre a questão, George KASOULIDES, «Global and regional port state regimes», in RINGBOM, Henrik (edit.), *Competing norms in the law of the marine environmental protection – Focus on ship safety and pollution prevention*, Kluwer Law International, London – The Hague – Boston, 1997, pp. 121 a 139; e Ted L. McDORMAN, «Port state control: a comment on the Tokyo MOU and issues of international law», *Asian Yearbook of International Law*, vol. 7, 1997, pp. 211 a 217.

⁷³ Sobre a questão, McDORMAN, «Port state...», cit., pp. 231 a 235, e «Regional port state control agreements:

lado, dado que este regime jurídico-internacional, de âmbito regional, tem sido vertido em instrumentos internacionais qualificados como não vinculativos⁷⁴.

Nestes termos, com intenção de estimular o cumprimento de um conjunto de vinculações internacionais assumidas pelos Estados neste domínio, tendo em consideração a competição entre portos, os MOU (Memorandum of Understanding) são intencionalmente entendidos como documentos internacionais de natureza não vinculativa, não obstante serem aparentemente equiparáveis a um qualquer tratado internacional em termos formais⁷⁵. Em conformidade, de

some issues of international law», *Ocean and Coastal Law Journal*, vol. 5, 2000, pp. 207-225, pp. 210 e 211 e 216 a 225.

⁷⁴ Sobre a questão, em termos gerais, AUST, *Modern treaty...*, cit., pp. 18, 20 e 21 e 27 a 46; José Antonio PASTOR RIDRUEJO, «Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 274, 1998, pp. 49 a 52, que afirma (p. 52) que “les accords politiques ou *memoranda of understanding* ne font pas partie des sources du droit international”, não obstante serem “de plus en plus une partie importante de la vie des relations entre Etats”.

⁷⁵ Nesse sentido, David H. ANDERSON, «Port states and environmental protection», in BOYLE, Alan e FREESTONE, David (edits), *International law and sustainable development. Past achievements and future challenges*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 332, ao sublinhar que “the MOU was concluded as an informal cooperative arrangement amongst shipping administrations, rather than as a treaty”; McDORMAN, «Port state...», cit., p. 236, ao afirmar que “as a matter of form, the MOUs are not international treaties. Operationally, however, the MOUs have all the characteristics of a functioning treaty with national maritime authorities applying the wording and fulfilling the expectations of the MOUs. In reality, only in the most technical sense are the regional port state control MOUs not international treaties”; e Doris KÖNIG, «The enforcement of the international law of the sea by coastal and port states», *ZaöRV*, vol. 62, 2002, p. 8, ao referir que “[t]hese Memorandums of Understanding are not based on international treaties, but rather on administrative agreements between the maritime authorities of the States concerned. They are, therefore, informal instruments of cooperation which are not legally binding. States parties had no intent to create legal rights and obligations for themselves. This means that in cases of non-compliance the other parties can only resort to political pressure or economic incentives to make a port State play by the rules”. Em sentido contrário, Mario VALENZUELA, «Enforcing rules against vessel-source degradation of the

forma a reforçar a seu carácter voluntário, são subscritos pelas administrações portuárias dos Estados de uma determinada região⁷⁶.

5. A prática da conclusão de regimes convencionais de protecção do ambiente no espaço marinho com efeitos reflexos em relação a terceiros

5.1. Considerações gerais

A prática da conclusão de regimes convencionais de protecção do ambiente no espaço marinho com efeitos reflexos em relação a terceiros tem sido especialmente relevante no âmbito das medidas de gestão e de conservação das espécies marinhas no alto mar⁷⁷.

A existência de medidas de protecção das espécies marinhas no alto mar com esta natureza reflexa é particularmente relevante por duas razões. Por um lado, na medida em que se está em presença de um espaço que não pode ser submetido à soberania ou jurisdição de nenhum Estado, seja ou não um Estado costeiro. Por outro lado, dado que as medidas de gestão e de conservação das espécies marinhas no alto mar só podem ser plenamente eficazes quando sejam observadas por todos os Estados interessados nas respectivas capturas.

marine environment: coastal, flag, and port state jurisdiction», in VIDAS, Davor e OSTREND, Willy (edits), *Order for the oceans at the turn of the century*, Kluwer Law International, The Hague - London - Boston, 1999, p. 498, defende que “[t]he Paris Memorandum of Understanding, described as a ‘regional administrative agreement’, is in my view an international treaty creating legal rights and obligations among the parties”.

⁷⁶ O elenco dos oito MOU regionais existentes em 2002 pode ser encontrado em KÖNIG, «Enforcement of the law...», cit., p. 7. O texto do Paris Memorandum of Understanding on Part State Control, de 1982, que tem servido de modelo para os restantes regimes, com alterações introduzidas em 9 de Maio de 2002 e em 15 de Maio de 2003, pode ser encontrado em <http://www.parismou.org/ParisMOU.html>. Sobre o Tokyo Port State Control MOU (Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region, de 1 de Dezembro de 1993), McDORMAN, «Port state...», cit., pp. 236 a 240.

⁷⁷ Sobre a questão, em termos gerais, o capítulo VII – A pesca no alto mar, do nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, pp. 591 a 705.

A questão principal que se apresenta nesta matéria é a de saber se os Estados que intencionalmente não participam na formulação das medidas de conservação e de gestão podem ser obrigados a conformar os seus comportamentos a estas. É que, caso isso não seja juridico-internacionalmente possível, os Estados que não estão dispostos a regular consensualmente a sua actuação no alto mar passam a ter uma posição central na gestão das capturas, em razão da conservação e da gestão das espécies poderem ficar dependentes da vontade e do comportamento de um pequeno conjunto de Estados, normalmente em número muito reduzido.

A questão tem uma efectiva relevância prática, dado que a actuação da generalidade dos Estados é afectada pela actuação dos Estados de pesca do largo que, apesar de não pertencerem a organizações internacionais regionais de pesca⁷⁸, continuam a capturar espécies submetidas a medidas de conservação e gestão.

A regra geral é que os navios de pesca, no exercício da pesca no alto mar, não podem ser objecto de controlo por terceiros Estados, em conformidade com a liberdade de pesca no alto mar e a exclusividade da jurisdição do Estado de bandeira⁷⁹. Da mesma forma que os regimes convencionais de gestão e de conservação das espécies só podem produzir efeitos em relação aos Estados partes, no respeito da regra da relatividade dos tratados.

É esta impossibilidade de actuar directamente em relação a terceiros Estados, e de interferir na actividade dos navios com o pavilhão de terceiros Estados⁸⁰, que tem conduzido à criação de mecanismos jurídicos-internacionais com o objectivo de influenciar os comportamentos dos terceiros Estados em questão e dos navios que arvoram a sua bandeira.

O que se visa é, respeitando a liberdade soberana de cada Estado, a produção de efeitos reflexos da

regulamentação constante em determinados tratados considerados fulcrais para a regulação da pesca no alto mar. Isso significa que, em conformidade com o objectivo de influenciar intencionalmente o comportamento de terceiros Estados, os Estados participantes na vinculação internacional em questão vão desenvolver actuações que, conformes ao Direito Internacional, pretendem gerar acções ou omissões voluntárias no sentido pretendido por parte dos Estados não partes.

As disposições da Convenção de 1982 relativas à pesca no alto mar foram elaboradas com o propósito de introduzir limites à liberdade de pesca, como pode ser demonstrado pelos artigos 116 a 120. A sua formulação não foi, no entanto, vertida em disposições com um conteúdo passível de aplicação imediata. Com efeito, o artigo 117 limita-se a prever o “dever dos Estados de tomar em relação aos seus nacionais medidas para a conservação dos recursos vivos do alto mar”, sem fornecer qualquer critério que permita concretizar as medidas em causa. O artigo 118, por seu turno, estabelece que os “Estados devem cooperar entre si na conservação e gestão dos recursos vivos nas zonas de alto mar”, sem ir além de um dever de negociar ou, “quando apropriado”, de estabelecer organizações internacionais “sub-regionais ou regionais de pesca para tal fim”. O artigo 119, no que respeita à fixação da captura permissível e ao estabelecimento de medidas de conservação, está dependente dos “melhores dados científicos de que disponham os Estados interessados”, dos “métodos de pesca”, da “interdependência das populações”, e de “quaisquer normas mínimas internacionais geralmente recomendadas”. Enquanto o artigo 120, relativo aos mamíferos marinhos, remete para o artigo 65, que prevê um dever de cooperação e a possibilidade de serem criados regimes internacionais diferenciados nesta matéria

Foi face à insuficiência das disposições da Convenção de 1982, que os Estados sentiram a necessidade de concluir uma vinculação internacional específica nesta matéria: o Acordo Relativo à Aplicação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982, Respeitantes à Conservação e Gestão das Populações de Peixes Transzonais e das Populações de Peixes Altamente

⁷⁸ Sobre a questão da cooperação entre Estados através de organizações internacionais de pesca, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 664 a 681.

⁷⁹ Nesse sentido, HANDL, «Regional arrangements...», cit., pp. 228 e 229

⁸⁰ Sobre a questão da prevalente ligação dos navios ao Estado da bandeira, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 609 a 615.

Migradores (Acordo de 1995), assinado em 4 de Dezembro de 1995⁸¹.

5.2. O Acordo Relativo à Aplicação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982, Respeitantes à Conservação e Gestão das Populações de Peixes Transzonais e das Populações de Peixes Altamente Migradores, de 1995

Face ao carácter geral da Convenção de 1982, o Acordo de 1995⁸² foi elaborado com o objectivo de constituir uma excepção ao enquadramento da cooperação entre Estados relativamente à pesca no alto mar, uma matéria que é normalmente caracterizada pela assunção de obrigações internacionais intencionalmente equívocas.

A conclusão do Acordo de 1995 não pode ser considerada, contudo, como um ponto final na disputa sobre o conteúdo da liberdade de pesca no alto mar. Na verdade, o resultado final não é tão explícito e linear quanto a percepção que alguma doutrina tem do seu conteúdo poderia fazer supor. Com efeito, a apreciação do Acordo de 1995 demonstra que não foi dada uma resposta inequívoca a dois problemas fundamentais relacionados com a questão dos seus efeitos em relação a navios de terceiros Estados.

Por um lado, não está resolvida a questão de saber se os navios com a bandeira dos Estados partes no Acordo de 1995 podem impor a Estados não partes o respeito da exclusão de acesso a recursos naturais marinhos existentes no alto mar, não obstante a redacção

⁸¹ Sobre o Acordo de 1995 e o enquadramento geral da cooperação entre Estados quanto às espécies transzonais e altamente migratórias, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 685 a 694

⁸² Acordo Relativo à Aplicação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982, Respeitantes à Conservação e Gestão das Populações de Peixes Transzonais e das Populações de Peixes Altamente Migradores – Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (versão portuguesa publicada no Diário da República, Série I-A, nº 22, de 26 de Janeiro de 2001, pp. 382 a 399).

do nº 4 do artigo 8 (Cooperação em matéria de conservação e de gestão)⁸³ e do artigo 17 (Não membros de organizações e não participantes em convénios)⁸⁴.

Por outro lado, em termos semelhantes, não está esclarecido se as disposições da Parte VI do Acordo de 1995 (Cumprimento e Execução) legitimam a subida a bordo e a inspecção de navios pesqueiros de terceiros Estados, em particular quando estes estejam a cometer uma infracção grave, em conformidade com a previsão do nº 11 do artigo 21 (Cooperação sub-regional e regional em matéria de execução) do Acordo de 1995.

A impossibilidade de avançar com uma resposta concreta a estes problemas não ficou a dever-se, como é evidente, a nenhuma deficiência de concepção ou de redacção, mas ao facto de os negociadores do Acordo de 1995 não terem legitimidade para lhe atribuírem efeitos em relação a terceiros Estados não partes⁸⁵, em consonância com o respeito da regra da relatividade dos tratados.

Isso significa que, em razão da sua natureza estritamente convencional, não é possível defender que o Acordo de 1995 produza efeitos em relação aos Estados

⁸³ Nos termos do nº 4 do Artigo 8 (Cooperação em matéria de conservação e de gestão) do Acordo de 1995, “[s]ó poderão ter acesso aos recursos haliêuticos a que são aplicáveis tais medidas os Estados que sejam membros de uma tal organização ou participantes num tal convénio ou que acordem em aplicar as medidas de conservação e de gestão instituídas por tal organização ou convénio”.

⁸⁴ Nos termos do nº 1 do Artigo 17 (Não membros de organizações e não participantes em convénios) do Acordo de 1995, “[q]ualquer Estado não membro de um organização sub-regional ou regional de gestão das pescarias ou não participante num convénio sub-regional ou regional de gestão das pescarias, que, além disso, não aceite aplicar as medidas de conservação e de gestão instituídas por tal organização ou convénio, não ficará isento da obrigação de cooperar, nos termos da Convenção e do presente Acordo, para a conservação e a gestão das populações de peixes transzonais e das populações de peixes altamente migradores em causa”.

⁸⁵ Em sentido contrário, DELBRÜCK, «“Laws in the public...», cit., p. 27, ao defender que o Acordo de 1995 “give rise to obligations *erga omnes*”, o que é justificável em razão de “protecting endangered species is so overwhelming that no State may be permitted not to comply with the protective regimes regardless of whether or not it has consented to the creation of the regime”.

não contratantes⁸⁶. Esta posição é, aliás, confirmada pelo

⁸⁶ Nesse sentido, Erik FRANCKX, «*Pacta Tertius and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks provisions of the United Nations Conventions on the Law of the Sea*», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 2000, pp. 55 a 81; Michael Sean SULLIVAN, «The case in international law for Canada's extension of fisheries jurisdiction beyond 200 miles», *Ocean Development and International Law*, vol. 28, 1997, pp. 245 e 246; Rafael CASADO RAIGÓN, «El derecho de la pesca en alta mar y sus últimos desarrollos», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz – 1995*, Tecnos, 1996, pp. 123 e 128 a 130; José Antonio de YTURRIAGA, *The International Regime of Fisheries. From UNCLOS 1982 to the Presential Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston – London, 1997, pp. 222 a 225; David H. ANDERSON, «The straddling stocks agreement of 1995 – an initial assessment», *ICLQ*, vol. 45, nº 2, 1996, p. 471; Peter ÖREBECH, Ketill SIGURJONSSON e Ted L. McDORMAN, «The 1995 United Nations Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Agreement: management, enforcement and dispute settlement», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 13, 1998, p. 124; Moritaka HAYASHI, «The 1995 UN Fish Stocks Agreement and the Law of the Sea», in VIDAS, Davor e OSTREND, Willy (edits), *Order for the oceans at the turn of the century*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1999, p. 43; Rosemary RAYFUSE, «The interrelationship between the global instruments of international fisheries law», in HEY, Ellen (edit.), *Developments in International Fisheries Law*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1999, pp. 141 e 155; e William T. BURKE, «Compatibility and precaution in the 1995 Straddling Stock Agreement», in SCHEIBER, Harry N. (edit.), *The Law of the Sea. The Common Heritage and emerging challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – London – Boston, 2000, pp. 109 e 110, ao afirmar que o Acordo de 1995 “has no binding effect on non-parties” e que “the Straddling Stock Agreement follows traditional international law. However innovative a particular provision may be, it applies only by virtue of the consent of the states concerned. Accordingly, the influence of this agreement is dependent upon state consent”; e a *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu*, de 8.12.1999, relativa à participação da Comunidade Europeia nas Organizações Regionais de Pesca, onde é afirmado (p. 9) que “as medidas de inspeção e de controlo resultantes das disposições do acordo de Nova Iorque (...) serão oponíveis às partes não-contratantes das ORP que tenham ratificado o acordo após a sua entrada em vigor”. Em sentido contrário, Jon M. VAN DYKE, «Modifying the 1982 Law of the Sea Convention: new initiatives on governance of high seas fisheries resources: the straddling stocks negotiations», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 10, p. 225; Julie R. MACK, «International fisheries management: how the U.N. Conference on Straddling and Highly Migratory Fish

articulado do Acordo de 1995, ao clarificar expressamente, na alínea a) do nº 2 do artigo 1 (Termos utilizados e âmbito de aplicação), o sentido da expressão “Estados partes”⁸⁷, e ao redigir o nº 4 do artigo 17 (Não membros de organizações e não participantes em convénios) e o artigo 33 (Estados não Partes no presente Acordo) com estrito respeito pela posição jurídica dos terceiros Estados.

Na verdade, o nº 4 do artigo 17 (Não membros de organizações e não participantes em convénios) do Acordo de 1995, artigo único da Parte IV, dedicada aos “não membros e não participantes”, foi concebido de forma a integrar duas obrigações para os Estados partes. Por um lado, a troca de informações “sobre actividades dos navios de pesca arvorando bandeira de Estados que não sejam membros da organização nem participantes no convénio e exerçam a pesca das populações em questão”. E, por outro lado, a possibilidade de serem adoptadas medidas “para dissuadir (os navios de pesca arvorando bandeira de Estados que não sejam membros da organização nem participantes no convénio e exerçam a pesca das populações em questão) de desenvolver actividades prejudiciais para a eficácia das medidas sub-

Stocks changes the law of fishing on the high seas», *California Western international Law Journal*, vol. 26, nº 2, 1996, p. 329; David J. BEDERMAN, «CCAMLR in crisis: a case study of marine management in the southern ocean», in SCHEIBER, Harry N. (edit.), *The Law of the Sea. The Common Heritage and emerging challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – London – Boston, 2000, p. 191; José Luís MOREIRA da SILVA, «A “segunda revisão” da Convenção de Montego Bay ou o fim do mare liberum», *Revista Jurídica*, nº 24, Abril 2001, p. 59; Carla AMADO GOMES, «A protecção internacional do ambiente na Convenção de Montego Bay», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 721 e 722; e André TAHINDRO, «Conservation and management of transboundary fish stocks: comments in light of the adoption of the 1995 Agreement for the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Fish Stocks», *Ocean Development and International Law*, vol. 28, 1997, p. 50, em conformidade com o espírito da Convenção de 1982, embora conceda que uma leitura restritiva das suas disposições conduza em sentido contrário.

⁸⁷ Nos termos da alínea a) do nº 2 do Artigo 1º (Termos utilizados e âmbito de aplicação) do Acordo de 1995, “[p]or «Estados Partes» entende-se os Estados que consentiram em vincular-se pelo presente Acordo e a que este último é aplicável”.

regionais ou regionais de conservação e de gestão”. No segundo caso, é expressamente previsto que as “medidas” devem ser tomadas tendo em consideração o Acordo de 1995 e o Direito Internacional, o que significa que deverá ser respeitado o princípio da jurisdição exclusiva do Estado da bandeira⁸⁸⁻⁸⁹.

Em termos ainda mais expressivos, o artigo 33 (Estados não Partes no presente Acordo) do Acordo de 1995, artigo único da Parte IX, dedicada aos “Estados não partes no presente Acordo”, foi elaborado de forma a respeitar a distinção entre Estados partes e Estados não partes e a não produção de efeitos em relação a terceiros Estados⁹⁰. Com efeito, o n.º 1 prevê que os Estados partes “incentivarão os Estados não partes (no Acordo de 1995) a tornar-se Partes no mesmo e a adoptar leis e regulamentos em conformidade com as suas disposições”. Da mesma forma que o n.º 2, em consonância com o n.º 4

⁸⁸ Sobre a questão, FRANCKX, «*Pacta tertiis...*», cit., pp. 62 e 63.

⁸⁹ Daqui resulta que, em conformidade com a Convenção de 1982, os Estados que pescam no alto mar só estão obrigados a respeitar as limitações à liberdade de pesca que constam do Direito Internacional costumeiro e dos compromissos internacionais a que aceitaram expressamente vincular-se em particular quando se esteja em presença de acordos internacionais de âmbito regional. Daqui resulta que a pesca no alto mar está sujeita a um conjunto de obrigações de carácter geral, nomeadamente ao dever de participar nas medidas de conservação e de gestão que sejam necessárias à reprodução das espécies, mas que esse enquadramento de carácter geral não permite que terceiros Estados possam impor o seu cumprimento a navios de terceiros Estados, salvo nas situações excepcionais em que seja possível justificar represálias ou contramedidas (nesse sentido, em termos mais amplos do que os defendidos, Bernard OXMAN, «The international commons, the international public interest and the new modes of international lawmaking», in DELBRÜCK, Jost (edit.), *New trends in international lawmaking – international ‘legislation’ in the public interest. Proceedings of an international symposium of the Kiel Walther-Schücking-Institute of International Law March 6 to 8, 1996*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 57, afirma relativamente ao artigo 33 que “[g]iven the existence of a duty to conserve binding on all parties to the Law of the Sea Convention, and a comparable duty under customary law, this provision also may refer not only to the ordinary jurisdiction of states but, beyond that, to lawful countermeasures in light of the failure of the flag state to satisfy its obligations”).

⁹⁰ Nesse sentido, FRANCKX, «*Pacta tertiis...*», cit., pp. 72 e 73; e SULLIVAN, cit., «The case in international...», p. 245.

do artigo 17, reforça a possibilidade de serem tomadas “medidas”, em conformidade com o Acordo de 1995 e o Direito Internacional, “com vista a dissuadir os navios arvorando bandeira de Estados não partes de exercerem actividades prejudiciais para a aplicação efectiva” do Acordo de 1995.

Nestes termos, não sendo possível defender que o Acordo de 1995 constitui uma excepção ao princípio da relatividade dos tratados, podem ser encontrados três exemplos de normas geradoras de efeitos reflexos em relação a terceiros nesta vinculação internacional.

Em primeiro lugar, o n.º 4 do artigo 17, ao prever que os Estados partes no Acordo de 1995 “adoptarão medidas, em conformidade com o presente Acordo e com o direito internacional, para dissuadir estes navios de desenvolver actividades prejudiciais para a eficácia das medidas sub-regionais ou regionais de conservação e de gestão”.

Em segundo lugar, o n.º 2 do artigo 33 ao estabelecer que “[o]s Estados Partes adoptarão medidas em conformidade com o presente Acordo e o direito internacional, com vista a dissuadir os navios arvorando bandeira de Estados não partes de exercerem actividades prejudiciais para a aplicação efectiva do presente Acordo”.

Tendo em consideração a redacção do n.º 4 do artigo 17 e do n.º 2 do artigo 33, aos Estados é concedida uma relativa margem de manobra na escolha das “medidas” que considerem mais adequadas ao objectivo de dissuadir os navios de terceiros Estados de levarem a cabo “actividades prejudiciais”. São referidos dois limites à concretização dessas “medidas”: o Acordo de 1995 e o direito internacional.

No que se refere ao primeiro desses limites, tendo em consideração que os seus destinatários são os Estados partes no Acordo de 1995, é possível entender que os Estados ao estabelecerem “medidas” de dissuasão com efeitos reflexos em relação a terceiros Estados estão obrigados a respeitar os princípios gerais previstos no artigo 5 (Princípios gerais), tendo em consideração a “abordagem cautelar”, constante do artigo 6 (Aplicação da abordagem cautelar). Em conformidade, devem criar medidas que, nomeadamente, “se baseiem nos melhores dados científicos disponíveis” (nos termos da alínea b) do

artigo 5), reduzam “ao mínimo a poluição, os resíduos, as devoluções, a captura por artes perdidas ou abandonadas” (nos termos da alínea e) do artigo 5) e tenham em “conta os interesses dos pescadores que se dedicam à pesca artesanal e à pesca de subsistência” (nos termos da alínea i) do artigo 5).

No que se refere ao segundo desses limites, tendo em consideração que todos os Estados estão num plano de idêntica igualdade no que se refere à prossecução de actividades no alto mar, os Estados partes no Acordo de 1995 não podem tomar “medidas” que possam conduzir a uma tentativa de apropriação do espaço em questão, na medida em que a liberdade de pesca continua a ser uma parte integrante da liberdade do alto mar. A posição dos terceiros Estados será, no entanto, distinta consoante sejam ou não partes da Convenção de 1982. Com efeito, os Estados partes da Convenção de 1982, pela simples participação no seu regime jurídico, estão a aceitar o princípio de que a liberdade de pesca é passível de limitações, na medida em que a alínea e) do artigo 87 da Convenção de 1982 refere que a liberdade de pesca deve ser exercida “nos termos das condições enunciadas na secção 2”, isto é, em consonância com os artigos 116 a 120, não obstante o carácter inconclusivo que lhes foi apontado anteriormente.

Respeitados os limites anteriormente referenciados, não existe qualquer impedimento a que as “medidas” sejam o resultado de actuações unilaterais dos Estados partes, ou o resultado da conclusão de vinculações internacionais. A assunção de compromissos internacionais será, aliás, consonante com a intenção de estimular a cooperação internacional que é um dos fundamentos estruturantes do Acordo de 1995 (nesse sentido, a título de exemplo, a regulamentação constante nos artigos 8, 9, 13, 20, 21 e 25).

E, por último, em terceiro lugar, o artigo 23 (Medidas adoptadas pelo Estado do porto), com particular destaque para o seu número 3, onde foi expressamente previsto que “[o]s Estados podem adoptar regulamentos que habilitem as autoridades nacionais competentes a proibir os desembarques e os transbordos, sempre que tenha sido estabelecido que as capturas foram realizadas de forma prejudicial para a eficácia das medidas sub-

regionais, regionais ou mundiais de conservação e de gestão no alto mar”⁹¹.

Face à redacção do artigo 23, e ao objecto da regulamentação a criar, os Estados partes no Acordo de 1995 estão circunscritos, neste âmbito, à adopção de actos de direito interno. Isso não impede, no entanto, que os Estados possam colaborar, em termos informais ou institucionais, no apuramento de que as capturas efectuadas pelos navios dos Estados terceiros foram realizadas de “forma prejudicial” para a eficácia das medidas de conservação e de gestão no alto mar.

5.3. Normas sobre a estruturação de regimes de fiscalização da actuação dos navios de terceiros Estados compatíveis com o princípio da jurisdição exclusiva do Estado da bandeira

No âmbito da protecção ambiental do espaço marinho ainda podem ser encontrados exemplos da produção de efeitos reflexos de tratados na estruturação de regimes de fiscalização da actuação dos navios de terceiros Estados compatíveis com a princípio da jurisdição exclusiva do Estado da bandeira⁹².

Por um lado, anteriormente à conclusão do Acordo de 1995, é particularmente merecedora de referência a *Convention for the Prohibition of Fishing with Long Drift Nets in the South Pacific*, de 1989⁹³, na qual foi previsto, em conformidade com o artigo 3, que os Estados partes podem impedir o acesso aos seus portos das embarcações de pesca que procedam a capturas com redes que excedam os 2,5 quilómetros de comprimento.

Por outro lado, posteriormente à assinatura do Acordo de 1995, deve ser posto em destaque a aprovação em 1997, no âmbito da Convenção para a Futura

⁹¹ Sobre a questão, na perspectiva das restrições de acesso a portos, ANDERSON, «Port states...», cit., pp. 338 a 342.

⁹² Sobre os regimes convencionais em que os Estados partes autorizaram medidas de controlo no alto mar da actuação dos navios autorizados a arvorar a bandeira de um terceiro Estado, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 695 a 705.

⁹³ A *Convention for the Prohibition of Fishing with Long Drift Nets in the South Pacific*, assinada em Wellington, em 24 de Novembro de 1989, pode ser encontrada no *Law of the Sea Bulletin*, nº 14, 1989, pp. 31 a 36.

Cooperação das Pescarias do Noroeste do Atlântico (NAFO)⁹⁴, do “Scheme to Promote Compliance by Non Contracting Party Fishing Vessels with Conservation and Enforcement Measures Established by NAFO”, que atribui ao Estado do porto a competência para fiscalizar qualquer navio de um terceiro Estado que tenha pescado na sua área de aplicação, com fundamento na necessidade de serem controladas as medidas de conservação e de gestão anteriormente aprovadas.

Uma orientação semelhante, ainda que relativamente incipiente, é a que está na base de disposições, como o artigo XIX NAFO e o artigo X da Convenção sobre a Conservação dos Recursos Marinhos Vivos da Antártida (CRMVA)⁹⁵, em que a chamada de atenção aos não participantes para as actividades desconformes é a solução encontrada para resolver o problema dos navios de terceiros Estados que exercem a liberdade de pesca no alto mar com desrespeito pelas medidas de conservação e gestão aplicáveis⁹⁶.

⁹⁴ Convenção para a Futura Cooperação Multilateral das Pescarias do Noroeste Atlântico – Convention on the Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries -, de 24 de Outubro de 1978 (versão portuguesa publicada no Diário da República Série I, nº 132, de 8 de Junho de 1979, pp. 1302-1310).

⁹⁵ A *Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources*, Canberra, de 20 de Maio de 1980, pode ser encontrada em P. W. BIRNIE e A. E. BOYLE, *Basic documents on International law and the Environment*, Clarendon Press, 1995, pp. 628 a 644

⁹⁶ Isso não significa, no entanto, que em situações extremas, em que haja manifesto abuso do exercício da liberdade de pesca no alto mar, os Estados que entendam que os seus direitos estão a ser violados, de forma objectiva e grave, não possam avançar com represálias ou contramedidas lícitas, na medida em que alegem e provem que o comportamento do Estado destinatário da medida em causa era manifestamente ilícito ao abrigo do regime jurídico-internacional vigente, ao ultrapassar os padrões de aproveitamento dos recursos naturais marinhos vivos do alto mar fundados consuetudinariamente na liberdade do alto mar, em conformidade com os quais a reprodução das espécies é essencial à manutenção da pesca como uma actividade que pode ser prosseguida por todos os Estados. Assim, em face da ponderação que seja feita da gravidade de uma determinada situação concreta, com particular destaque para o perigo de extermínio irreversível de uma espécie, as represálias podem ter de ser antecedidas, ou não, da utilização de meios pacíficos de resolução de controvérsias, nomeadamente da abertura de negociações entre os Estados em causa (nesse sentido, a alínea b) do nº 1 e o nº 2 do artigo 52 do projecto de

6. Conclusões

O percurso efectuado na apreciação da produção de efeitos dos tratados de protecção do ambiente no espaço marinho permite chegar a um conjunto de conclusões que se passa a enunciar:

1. Regra geral, os tratados só produzem efeitos em relação aos Estados que manifestaram o seu consentimento a estar vinculados pelo compromisso internacional em causa, sendo em relação aos restantes Estados não partes *res inter alios acta*, em conformidade com a igualdade soberana dos Estados e com a consequente liberdade de escolha do modo como prosseguem os seus interesses individuais.

2. Os Estados estão sujeitos, em razão da oponibilidade *erga omnes* dos tratados ou da sua eficácia externa, a uma obrigação genérica de respeitarem os tratados concluídos por terceiros Estados, salvo nas situações em que esses compromissos internacionais sejam nulos por violação de norma de *ius cogens*.

3. O artigo 34 CVDT69, ao prever que “um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o consentimento deste”, dá expressão a uma norma estruturante do Direito Internacional, o que significa que a produção de efeitos de uma vinculação internacional está dependente do consentimento dos Estados interessados.

4. O consentimento dos Estados a estarem vinculados pode ter lugar no momento em que se gera o acordo subjacente ao compromisso internacional ou ser expresso num momento posterior à sua negociação, assinatura, manifestação do consentimento a estar vinculado ou entrada em vigor para as outras partes.

articulado da responsabilidade internacional dos Estados, em conformidade com os quais as represálias podem, ou não, ser antecedidas da abertura de negociações, em razão da sua urgência para a preservação dos direitos dos Estados em questão). Em qualquer caso, mesmo tendo em consideração as dificuldades envolvidas na sua apreciação, as represálias que sejam levadas a cabo devem ser conduzidas no estrito respeito do princípio da proporcionalidade, em particular se pretenderem impedir o exercício da pesca no alto mar a navios com a bandeira de um terceiro Estado.

5. A produção de efeitos de um tratado em relação a um Estado concreto só tem lugar porque esse sujeito manifestou a sua vontade a estar vinculado, o que pode ter lugar explicitamente, nomeadamente por escrito, ou implicitamente, através do seu comportamento, mas não ser presumido.

6. A regra *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* não comporta qualquer excepção, não fazendo sentido referir a potencialidade dos tratados concluídos pelos Estados para produzirem efeitos em relação a terceiros, dado que os exemplos comumente referenciados se limitam a ser formas específicas de produção de efeitos em relação às partes.

7. As diversas formulações da cláusula da nação mais favorecida são um exemplo de um caso específico de produção de efeitos em relação às partes contratantes, dado que, em resultado da inserção de uma cláusula deste tipo, os Estados partes na vinculação inicial aceitam que esta possa ser ajustada posteriormente, em conformidade com as disposições de um tratado ulterior em que não participam na sua totalidade.

8. No artigo 103 da Carta das Nações Unidas, os Estados membros da ONU deram o seu consentimento à prevalência, em caso de incompatibilidade com outras vinculações internacionais, das obrigações previstas na Carta.

9. No nº 6 do artigo 2 Carta das Nações Unidas não existe a atribuição de direitos ou a enunciação de obrigações em relação a terceiros, mas antes a imposição de a organização e dos seus membros actuarem de forma a conduzirem os terceiros a agir de acordo com os princípios das Nações Unidas “em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais”.

10. A problemática dos denominados “tratados objectivos”, conceito utilizado pela doutrina para agrupar vinculações internacionais relativas à regulação do estatuto jurídico-internacional de espaços, não é, no seu núcleo essencial, um problema de efeitos de tratados em relação a terceiros, dado que as actuações dos terceiros não contratantes se materializam através de actos positivos de aceitação ou de respeito, ou de actos negativos de protesto ou de violação, podendo todas as

situações de contacto com o regime jurídico em questão, sejam ou não intencionais, ser objecto de uma valoração em termos de declaração de vontade.

11. A faceta original da categoria doutrinal dos tratados objectivos não é constituída pelas relações contratuais que se estabelecem entre as partes contratantes, nem pela qualificação das manifestações de vontade dos terceiros Estados não participantes, mas antes pela necessidade de ser apurado se basta uma abordagem convencional para aquilatar a sua configuração jurídico-internacional.

12. No caso da produção de efeitos convencionais reflexos em relação a terceiros, em consonância com a liberdade soberana de cada Estado, o que se pretende é influenciar intencionalmente o comportamento de terceiros Estados e, com respeito pela sua vontade, desenvolver actuações, conformes ao Direito Internacional, susceptíveis de gerar acções ou omissões voluntárias por parte destes no sentido pretendido.

13. A produção de efeitos convencionais reflexos em relação a terceiros não deve ser confundida com a possibilidade dos tratados produzirem efeitos relevantes para os interesses de terceiros, mesmo quando estejam a ser assumidas vinculações contraditórias pelos Estados, em razão da normal existência de interesses conflitantes e da finitude do espaço onde os sujeitos de Direito Internacional actuam, na medida em que não se pretende contribuir para a modificação do comportamento de terceiros.

14. A inclusão de efeitos reflexos em vinculações internacionais não pode ser entendida como uma alternativa a negociações falhadas, em particular se a não participação dos terceiros Estados não tiver consequências negativas na execução da vinculação internacional em causa, não sendo compatível com vinculações bilaterais ou em que possam apenas participar um número reduzido de Estados, a menos que a situação geográfica seja muito específica, desde logo pela dimensão dos sujeitos de Direito Internacional envolvidos.

15. A intencional produção de efeitos reflexos por regimes convencionais é particularmente adequada aos casos em que o objecto, os objectivos ou os efeitos da vinculação internacional estejam divididos

entre espaços submetidos à jurisdição dos Estados e espaços que não estejam submetidos a essa jurisdição, nomeadamente quando seja relevante a actuação que venha a ser prosseguida pelos Estados não participantes.

16. Os regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros têm sido primacialmente utilizados no Direito Internacional do Ambiente, como o demonstram o artigo X CITES, de 1973, o artigo 4 do Protocolo de Montreal relativo às Substâncias que Empobrecem a Camada do Ozono, de 1979, os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 1989, e o artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica, de 2000, embora possam ser utilizados noutros domínios, como o exemplifica o artigo 14 da Convenção Única sobre Estudeficantes de 1961.

17. O artigo X CITES, relativo ao “comércio com Estados que não são partes da Convenção”, prevê que as transacções entre os Estados partes e terceiros Estados, são permitidas desde que sejam emitidos pelo Estado não parte “documentos similares”, àqueles que são exigidos pela CITES aos Estados partes, o que tem sido objecto de regulamentação pela Conferência das Partes, com o objectivo de especificar as condições em que poderá ser aceite pelas Partes.

18. O artigo 4 do Protocolo de Montreal, baseado em restrições à importação e à exportação de um conjunto de produtos pelos Estados partes em relação aos Estados não participantes no seu regime convencional, não impõe aos Estados não partes qualquer proibição de produção ou de utilização das substâncias controladas, mas comporta cinco obrigações específicas para os Estados partes que reduzem substancialmente a sua margem de manobra relativamente a estas matérias e, em contraponto, as opções de negociação dos Estados não partes com os Estados partes.

19. Os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, proibem a exportação e a importação de resíduos perigosos para Estados não partes, a menos que estejam

reunidas algumas das condições previstas na Convenção sobre a matéria, o que significa que os Estados partes estão obrigados a propor aos terceiros Estados um regime jurídico com um conteúdo mínimo previamente determinado.

20. O artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica sujeita os movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados entre Estados partes e Estados não partes aos objectivos previstos no Protocolo, sendo o apuramento dessa possibilidade feito de forma individualizada ou enquadrado no âmbito de acordos internacionais, em conformidade com condições que o Estado parte deverá propor ao terceiro Estado.

21. O espaço marítimo é particularmente adequado à existência de normas que produzem efeitos em relação a um conjunto diversificado de sujeitos, na medida em que, com excepção das águas interiores, todas as restantes zonas dos oceanos devem ser compreendidas como espaços onde podem actuar e coexistir vários sujeitos de Direito Internacional.

22. O controlo de navios pelo Estado do porto, no que respeita ao cumprimento das regras relativas a construção, equipamento, tripulação e operação, em resultado da aplicação dos denominados MOU (Memorandum of Understanding), não pode ser enquadrada na categoria dos efeitos convencionais reflexos em relação a terceiros, na medida em que a sua aplicação é consentida pelo Direito Internacional, e os regimes jurídico-internacionais em causa, de âmbito regional, têm sido vertidos em instrumentos internacionais qualificados como não vinculativos.

23. O Acordo de 1995 foi elaborado com o objectivo de constituir uma excepção ao enquadramento da cooperação entre Estados relativamente à pesca no alto mar, de forma a ultrapassar a assunção de obrigações internacionais intencionalmente equívocas, mas os seus negociadores não tinham legitimidade para lhe atribuírem efeitos em relação a terceiros Estados não partes, em consonância com o respeito da regra da relatividade dos tratados.

24. Em conformidade com a sua natureza estritamente convencional, os navios com a bandeira dos

Estados partes no Acordo de 1995 não podem impor a Estados não partes o respeito da exclusão de acesso a recursos naturais marinhos existentes no alto mar, apesar da redacção do nº 4 do artigo 8 e do artigo 17, e os responsáveis dos navios dos Estados partes não podem pretender subir a bordo e inspeccionar os navios pesqueiros de terceiros Estados, mesmo que estes estejam, em conformidade com a previsão do nº 11 do artigo 21 do Acordo de 1995, a cometer uma infracção grave, dado que as disposições da Parte VI do Acordo de 1995 não podem ser aplicadas a terceiros Estados não partes.

25. No sentido da não produção de efeitos em relação a terceiros Estados não contratantes do Acordo de 1995, deve ser invocada a alínea a) do nº 2 do artigo 1, ao esclarecer o sentido da expressão “Estados partes”, e a forma como o nº 4 do artigo 17 e o artigo 33 foram redigidos com estrito respeito pela posição jurídica dos terceiros Estados.

26. O nº 4 do artigo 17 do Acordo de 1995, artigo único da Parte IV, dedicada aos “não membros e não participantes”, foi concebido de forma a integrar duas obrigações para os Estados partes, enquanto o artigo 33 do Acordo de 1995, artigo único da Parte IX, dedicada aos “Estados não partes no presente Acordo”, foi elaborado de forma a respeitar a distinção entre Estados partes e não partes e a não produção de efeitos em relação a terceiros Estados.

27. As “medidas” previstas no nº 4 do artigo 17 e no nº 2 do artigo 33 podem traduzir-se em vinculações internacionais entre Estados partes no Acordo de 1995, e integrar normas com efeitos reflexos em relação a terceiros Estados, de forma a alcançar regras de actuação que, sendo respeitadoras do Direito Internacional, sejam simultaneamente capazes de dissuadir os terceiros Estados de exercerem actividades prejudiciais no alto mar.

28. O nº 3 do artigo 23 do Acordo de 1995 é um exemplo relevante de uma disposição convencional com efeitos reflexos em relação a terceiros Estados, ao prever que os Estados partes no Acordo de 1995 podem adoptar regulamentos destinados a proibir desembarques e transbordos efectuados por navios com a bandeira de terceiros Estados, “sempre que se tenha estabelecido que

as capturas foram realizadas de forma prejudicial” para os regimes de protecção existentes.

29. A exclusividade da jurisdição do Estado da bandeira, em resultado da qual os navios de pesca, no exercício da pesca no alto mar, não podem ser objecto de controlo por terceiros Estados, a menos que haja uma autorização convencional, tem conduzido à criação de mecanismos jurídicos-internacionais destinados a influenciar os comportamentos de terceiros Estados e dos navios que arvoram a sua bandeira, como na *Convention for the Prohibition of Fishing with Long Driftnets in the South Pacific*, de 1989, e, no âmbito da NAFO, em 1997, através do “Scheme to Promote Compliance by Non Contracting Party Fishing Vessels with Conservation and Enforcement Measures Established by NAFO”.

AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES E O
"PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO":
ecos da jurisprudência*

CARLA AMADO GOMES

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa

SUMÁRIO: 0. Introdução; 1. Precaução e urgência; 2. O contencioso cautelar e o princípio da precaução: exemplos de um novo paradigma?; 2.1. No Direito Internacional: o (segundo) caso dos ensaios nucleares; 2.2. No Direito Comunitário: o caso Pfizer; 2.3. No Direito comparado: o contencioso das antenas de telecomunicações móveis na jurisprudência francesa; 2.4. No Direito português: o caso da co-incineração (na cimenteira de Souselas); 3. Balanço crítico

0. Introdução

A lógica de precaução tem raízes no Direito germânico da década de 1970 e, em virtude de tristes circunstâncias — nomeadamente, graves acidentes com petroleiros, com derrames de toneladas de crude no mar e com o cortejo de danos ambientais que lhes foram inerentes —, depressa se espalhou ao Direito Internacional.

Da Declaração resultante da Segunda Conferência Ministerial do Mar do Norte, sobre poluição marítima¹ — Declaração de Londres, 1987 — consta uma

* Este texto corresponde à versão longa da intervenção da autora no II Seminário Luso-Brasileiro 2007 (Direito Público e Privado) promovido pelo NELB e realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 3 e 4 de Maio de 2007. Agradecemos ao NELB, na pessoa do seu Presidente, Dr. André Saddy, a gentileza do convite.

¹ Sobre a abordagem ao princípio da precaução nas Declarações das Conferências do Mar do Norte, L. GÜNDLING, *The status in International Law of the principle of precautionary action*, in *IJECL*, 1990/1, 2, 3, pp. 23 segs; E. HEY, *The precautionary approach. Implications of the revision of the Oslo and Paris Conventions*, in *MP*, 1991/7, pp. 244 segs; J. M.

tomada de posição quanto à vinculação dos signatários a uma atitude de precaução que, sem embargo de anteriores referências esparsas a esta noção², tem sido identificada como a primeira formulação do princípio. Assim, nos termos do artigo XVI/1:

“[The ministers] accept the principle of safeguarding the marine ecosystem of the North Sea by reducing pollution emissions of substances that are persistent, toxic and liable to bioaccumulate at source by the use of the best available technology and other appropriate measures. This applies especially when there is reason to assume that certain damage or harmful effects on the living resources of the sea are likely to be caused by such substances, even where there is no scientific evidence to prove a causal link between emissions and effects («the principle of precautionary action»).

A partir daí, a precaução teve larga divulgação no plano internacional: em decisões adoptadas no seio das Comissões de Paris e Oslo, datadas de 1989³; na

MACDONALD, *Appreciating the precautionary principle as an ethical evolution in ocean management*, in *OD&IL*, Vol. 26, 1995, pp. 255 segs, 267 segs; D. FREESTONE e E. HEY, *Origins and development of the precautionary principle*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 3 segs, 5 segs.

² É verdade que o baptismo de uma determinada fórmula linguística como “princípio da precaução” ocorreu pela primeira vez na 2ª Conferência do Mar do Norte. Porém, indícios de uma lógica de antecipação de riscos podem encontrar-se na moratória de 1970 contra a pesca da baleia, na *Carta Mundial da Natureza* (1982), concretamente no Princípio II/11, b) — cfr. G. FULLEM, *The precautionary principle: environmental protection in the face of scientific uncertainty*, in *Willamette LR*, 1995/2, pp. 495 segs, 502 —, bem como na Convenção-quadro para a protecção da camada de ozono, adoptada em Viena, em 1985, a que seguiu, em 1987, o Protocolo de Montreal, que estabelece um calendário para a eliminação ou redução das emissões nocivas — cfr. P. MARTIN-BIDOU, *Le principe de précaution en Droit International de l’Environnement*, in *RGDIP*, 1999/3, pp. 631 segs, 634, 635.

³ N. DE SADELEER, *Les principes du polluer-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelas, 1999, p. 139, nota 305. Veja-se também J. CAMERON, *The status of the precautionary principle in international law*, in *Interpreting the precautionary principle*, org. de T.

Declaração da Conferência governamental de Bergen sobre o Desenvolvimento Sustentado, de 1990; na Convenção de Bamako, sobre a interdição de transporte de substâncias perigosas em África, de 1991; na Convenção de Paris sobre a protecção do meio marinho do oceano Atlântico, nas Convenções de Helsínquia sobre a protecção e utilização dos rios e lagos internacionais, e sobre a protecção do meio marinho na zona do Mar Báltico, todas de 1992. Mas o documento que gerou mais impacto — e controvérsia — relativamente à noção de precaução foi artigo 15 da Declaração do Rio:

“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation”.

O impacto deve-se, naturalmente, à visibilidade mundial da Declaração, que conferiu à ideia de precaução uma projecção alargada, não só em termos espaciais, como em termos materiais, desligando-a do domínio específico da poluição marítima e pretendendo fazer dela uma directiva de actuação aplicável em todas as áreas do ambiente. Mas este alargamento não se fez sem contrapartidas, nitidamente perceptíveis no confronto entre as fórmulas do Rio e da Declaração de Londres: em primeiro lugar, a medida de aplicação da precaução varia consoante as possibilidades dos Estados, nos termos da Declaração do Rio, condição que não se encontra na Declaração de Londres; em segundo lugar, acentua-se a seriedade do prejuízo ambiental (que deve revelar-se irreversível) na Declaração do Rio, relativamente à pura verificação de um efeito pernicioso exigida pela Declaração de Londres; por fim, em terceiro lugar, introduz-se um elemento de ponderação de custos (*cost-effective measures*) no Rio⁴, totalmente ausente em

Londres — que resulta, ao cabo e ao resto, num controlo de proporcionalidade⁵.

Esta “híbrida”⁶ consagração do “princípio” (que, aliás, o artigo 15 da Declaração do Rio *degrada* em “precautionary approach”⁷), logo repetida noutros instrumentos internacionais⁸ [como, por exemplo, no artigo 3/3 da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre as alterações climáticas, assinada em Nova Iorque em 1992⁹, ou no artigo 4/3, a) da Convenção de Barcelona sobre a protecção do meio marinho e do litoral mediterrânico, de 1995] tem alimentado um intenso debate doutrinal sobre a natureza da ideia de precaução, nomeadamente sobre a sua justa caracterização como princípio de Direito Internacional, cogente da actuação dos Estados no campo da protecção ambiental¹⁰. Com

delegação americana presente na Cimeira do Rio, tendo merecido a discordância da Comunidade europeia — PETER SAND, **The precautionary principle: coping with risk**, in *IJIL*, 2000, pp. 1 segs, 3.

⁵ Neste sentido, C. BACKES e J. VERSCHUUREN, **The precautionary principle in International, european and Dutch wildlife law**, in *CJELP*, 1998/1, pp. 43 segs, 50; P. MARTIN-BIDOU, **Le principe...**, *cit.*, pp. 654.

⁶ G. FULLEM, **The precautionary...**, *cit.*, p. 506.

⁷ Segundo T. SCOVAZZI, a Declaração do Rio “preferisce la formula «approcio precauzionale», evocando così più una linea di condotta pratica che un principio teorico” — **Sul principio precauzionale nel Diritto dell’ambiente**, in *RDI*, 1992/3, pp. 699 segs, 700. O debate prolongou-se em Joanesburgo, tendo-se novamente verificado o “braço-de-ferro” entre a posição da União Europeia — favorável ao “principle” — e a posição dos Estados-Unidos e da Austrália — defendendo a lógica do “approach”. Cfr. M. PALLEMAERTS, **International Law and sustainable development: any progress in Johannesburg?**, in *RECIEL*, 2003/1, pp. 1 segs, 8.

⁸ Cfr. P. MARTIN-BIDOU, **Le principe...**, *cit.*, pp. 638, 639.

⁹ Cfr. W. LANG e H. SCHALLY, **La Convention cadre sur les changements climatiques**, in *RGDIP*, 1993/2, pp. 321 segs, 326.

¹⁰ Defendendo a natureza de princípio de Direito Internacional geral, por força da consolidação de uma *opinio juris* conformativa de um costume internacional em torno da atitude precaucionista, e apesar das variações que o princípio revela, E. HEY, **The precautionary concept in Environmental policy and law: institutionalizing caution**, in *The GIELR*, 1992, pp. 303 segs, 307; J. CAMERON, W. WADE-GERY e J. ABOUCHAR, **Precautionary principle and future generations**, in *Future generations and environmental law*, org. E. Agius e S. Busutti, Londres, 1998, pp. 93

O’Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 262 segs, 267 segs.

⁴ A introdução do “not-so-innocuous rider «cost-effective»”, já discutido na Conferência Mundial sobre as alterações climáticas de 1990, deu-se por iniciativa da

efeito, as diferentes “caras” com que o princípio se apresenta, em vários documentos internacionais relativos à protecção ambiental¹¹, geram a dúvida de saber se a ideia de precaução tem uma significação própria e suficientemente estável de modo a permitir a identificação de um princípio¹².

Sem embargo da desconfiança que nos merece a lógica da precaução como princípio autónomo relativamente à prevenção¹³, certo é que a dinâmica de antecipação do risco subjacente à precaução enquanto prevenção alargada serve de forma particularmente adequada a protecção de bens de grande fragilidade como os bens ambientais naturais ou a saúde das pessoas. O acréscimo aduzido pelo patamar da prevenção alargada/precaução é *uma questão de grau, não de natureza*: em vez de se admitir a actividade potencialmente lesiva (ou travar a sua concretização) apenas quando se configuram perigos — ocorrência de lesões concretamente aferível a partir de juízos de

probabilidade com assento em dados empíricos estatisticamente atestados ou teorias científicas geradoras de um largo consenso entre especialistas —, *antecipa-se* o momento preventivo para a configuração de uma dúvida fundamentada sobre a possibilidade (risco: na medida em que o nexo de causalidade não está empírica ou cientificamente comprovado) de a actividade vir a gerar danos de gravidade considerável.

Tendo em mente a fragilidade dos bens em jogo quando se fala de precaução, a premência da sua tutela em face de agressões iminentes e a dúvida que pode pairar sobre os efeitos destas, a utilidade das providências cautelares impõe-se.

1. Precaução e urgência

O carácter eminentemente frágil dos recursos naturais e da saúde humana (bem como de outros bens/valores colectivos como o património cultural) elege o princípio da prevenção como máxima fundamental no quadro da regulação do seu aproveitamento — desejavelmente racional: *vide* os artigos 66º/2/a) e d) da CRP, bem como o artigo 225, §1º, da Constituição brasileira. É verdade que, quer a CRP, quer a Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 11 de Abril = LBA), acentuam a vertente da responsabilização por danos causados ao ambiente [cfr. os artigos 52º/3/a) da CRP e 3º/h) e 40º/5 da LBA]; todavia, a essencialidade da tutela deste tipo de bens reside na prevenção de danos — graves quanto à dimensão e/ou reversibilidade —, não na susceptibilidade de ressarcimento. Se a LBA privilegia um princípio de reconstituição natural (artigo 48º), sempre que possível, essa é a prova de que a prevenção deverá ter precedência (e preferência) face à responsabilização, circunscrevendo-se esta a situações residuais.

Estas considerações ajudam a enfocar a primazia da tutela de urgência nos domínios ambiental e sanitário, de que são actores principais as providências cautelares (cfr. no processo civil, artigos 381º segs do CPC; no processo administrativo, artigos 112º segs do CPTA). Perante uma agressão iminente a bens de tal natureza (início de laboração de indústria não licenciada; anúncio

segs, 98 segs; O. McINTYRE e T. MOSEDALE, **The precautionary principle as a norm of customary international law**, in *JEL*, 1997, nº 2, pp. 221 segs, 235; J. CAMERON, **The precautionary principle in International Law**, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 113 segs, 133.

¹¹ D. VANDERZWAAG (**The concept and principles of sustainable development: “Rio-formulating” common law doctrines and environmental laws**, in *WYAJ*, 1993, pp. 39 segs, 46) informava (em 1993) ser possível detectar pelo menos 12 definições diferentes do princípio da precaução em vários instrumentos internacionais.

¹² Cfr. outros exemplos em C. BACKES e J. VERSCHUUREN, **The precautionary principle in International, european and Dutch wildlife law**, in *CJELP*, 1998/1, pp. 43 segs, 52 segs.

¹³ Como já tivemos oportunidade de expor nos nossos **Dar o duvidoso pelo (in)certo: reflexões sobre o “princípio da precaução”**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 141, max 152 segs; **Risco e modificação dos actos autorizativos concretizadores de deveres de protecção do ambiente**, dissertação de doutoramento, no prelo, Parte II, Cap. I. No mesmo sentido, V. PEREIRA DA SILVA, **Como a Constituição é verde**, Lisboa, 2001, pp. 18 segs. Contra, pugnando pela valência autónoma do princípio, A. GOUVEIA e FREITAS MARTINS, **O princípio da precaução no Direito do Ambiente**, Lisboa, 2002, pp. 74 segs; L. F. COLAÇO ANTUNES, **Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração**, Coimbra, 1999, p. 102.

de comercialização de um medicamento proibido no estrangeiro) ou ante a necessidade de tomar medidas urgentes no sentido da sua salvaguarda (desassoreamento drástico da orla costeira que demanda construção de uma barreira de protecção; início de surto epidémico que reclama campanha de vacinação), o tempo processual decorrente da tramitação das acções judiciais é demasiado longo. Desponta evidente o *periculum in mora* que resulta da espera pela prolação da decisão definitiva no processo principal, o qual pode comprometer irreversivelmente o seu efeito útil — e sublinhe-se que este efeito, mais do que particularmente útil, o é colectivamente, por força da natureza dos bens em questão.

Providências cautelares e prevenção encontram-se, assim, ontologicamente ligadas — e isto independentemente do tipo de interesse em causa. Nos domínios ambiental e sanitário, a asserção é, já se observou, incontestável. Mas de que forma pode a antecipação do momento preventivo trazida pelo alargamento da prevenção ao risco — ou segundo a precaução — induzir uma tutela cautelar mais intensa? Na doutrina, tem-se dado relevo a dois aspectos: por um lado, a tendencial facilitação — quando não automatismo — da concessão da tutela perante a dúvida da lesividade da intervenção; por outro lado, a imputação ao operador/agente da intervenção lesiva/responsável pela omissão o ónus de provar que da sua actuação/não actuação não resultarão danos graves para os bens jurídicos em jogo, numa lógica invertida em face da regra geral de produção de prova (cfr. os artigos 342º/1 e 487º/1, 1ª parte, do Código Civil: Quem alega um direito, deve prová-lo)¹⁴.

Quanto ao primeiro aspecto, é comum ler-se a afirmação de que, prevendo a lei expressamente a realização de um procedimento de avaliação de impacto ambiental antes do licenciamento de determinadas actividades potencialmente lesivas do ambiente e da saúde, a sua inexistência ou a detecção de incorrecções flagrantes no seu desenvolvimento poderão justificar uma

decisão de concessão de providências cautelares de modo quase automático¹⁵. Na doutrina brasileira, a consagração constitucional do imperativo de apresentação de estudo de impacto ambiental previamente ao desenvolvimento de qualquer actividade "potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente" no artigo 225, §1º, IV da Lei Fundamental, reforça a opinião doutrinal no sentido da ilicitude de actividades iniciadas sem a submissão a este procedimento¹⁶. Segundo GONÇALVES TESSLER, haverá mesmo uma "presunção de lesividade" em situações deste tipo, que justificará uma inversão do ónus da prova nas acções inibitórias ambientais¹⁷.

Por outro lado, e na imediata sequência da última observação, a ideia de precaução envolveria a alteração da carga da prova da esfera do autor/requerente — muitas vezes o cidadão comum ou uma organização não governamental com poucos meios — para a esfera do réu/requerido. A lógica desta inversão passa pela constatação de que os operadores económicos estão, na

¹⁵ J. JORDANO FRAGA, **El proceso de afirmación del medio ambiente como interes público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS**, in *RAP*, nº 145, 1998, pp. 169 segs, *max.* 177 segs, 198; R. HANICOTTE, **Les sursis à exécution: point névralgique de la protection de l'environnement**, in *RDPSP*, 1995, nº 6, pp. 1581 segs; G. MARTIN, **Mésures provisoires et irréversibilité en droit français**, in *RJE*, 1998, nº especial, pp. 131 segs, 140.

¹⁶ L. GUILHERME MARINONI, **O direito ambiental e as acções inibitória e de remoção do ilícito**, in *Direito Ambiental Visto por nós Advogados*, coord. M. WERNECK, B. CAMPOS SILVA, H. A. MOURÃO, M. V. FERREIRA DE MORAIS e W. SOARES OLIVEIRA, Belo Horizonte, 2005, pp. 631 segs, 639 segs.

¹⁷ L. GONÇALVES TESSLER, **A importância do princípio da precaução na aferição da prova nas acções inibitórias ambientais**, in *Direito Ambiental Visto por nós Advogados*, coord. M. WERNECK, B. CAMPOS SILVA, H. A. MOURÃO, M. V. FERREIRA DE MORAIS e W. SOARES OLIVEIRA, Belo Horizonte, 2005, pp. 659 segs, 663. Segundo J. R. MORATO LEITE e PATRYCK A. AYALA (**Direito ambiental na sociedade de risco**, 2ª ed., Rio de Janeiro/S. Paulo, 2004, pp. 200, 201), "(...) é possível argumentar que o componente que orienta o juízo de verosimilhança na deflagração e justificação das acções ou medidas inibitórias — considerando o regime constitucional de protecção do bem ambiental — não é a demonstração de probabilidade de dano e, sim, a afirmação factível de violação da norma jurídica".

¹⁴ Sobre os corolários do "princípio da precaução", veja-se C. BARTON, **The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as a common law doctrine**, in *HELR*, Vol. 22, 1998, pp. 509 segs, 518 segs.

maioria das vezes, muito melhor posicionados, quer do ponto de vista técnico, quer económico, para fornecer a informação sobre os efeitos da actividade projectada, bem assim como da verificação das dificuldades práticas na obtenção da informação por parte dos requerentes. Isto sem embargo, de uma banda, da dinamização legislativa do direito à informação ambiental (cfr., no âmbito europeu, a Convenção de Aarhus sobre direito de acesso à informação ambiental, de participação em procedimentos de consulta ambiental e de acesso à justiça, de 1998; a Directiva 2003/4/CE, de 28 de Janeiro; e a Lei 19/2006, de 19 de Junho, que regula o direito à informação ambiental junto de entidades públicas), assessorado por meios jurisdicionais específicos e especialmente céleres com vista à sua efectivação (cfr. os artigos 104º a 108º do CPTA¹⁸). E, de outra banda, dos mecanismos de publicitação de informação no âmbito de procedimentos de licenciamento ambiental (v.g., a fase de audiência pública no procedimento de avaliação de impacto ambiental — artigo 15º do DL 69/2000, de 3 de Março (com alterações); a divulgação dos termos da licença ambiental, nos termos dos artigos 24º e 25º do DL 194/2000, de 21 de Agosto — com alterações).

A inversão do ónus da prova em procedimentos de tomada de decisões em quadros de incerteza, sempre que estejam em causa bens jurídicos constitucionalmente tutelados susceptíveis de sofrer lesões de substancial gravidade, é um imperativo da prevenção alargada induzida pela sociedade de risco. Quem cria o risco deve provar que ele se situa nos limites admissíveis pela norma num momento prévio à emissão do acto autorizativo, ou seja, num momento prévio à criação das condições de eventual ocorrência da lesão — a "inversão" do ónus da prova tem o seu expoente máximo na criação de mecanismos de avaliação prévia dos impactos negativos para o ambiente, vide no procedimento de AIA. Esta restrição da liberdade de iniciativa económica — se assim se entender, pois não é de afastar liminarmente a sua

qualificação como uma simples conformação do direito decorrente da confluência com normas de protecção de bens jurídicos fundamentais — é inteiramente admissível à luz dos ditames da proporcionalidade, na medida em que se afigura como necessária à protecção de tais bens, adequada — pois é certamente o potencial agente criador do risco que melhor conhece os termos da sua actividade e detém as informações sobre as suas características —, e não excessiva — o exercício do direito está sujeito a um mero ónus de prestação de informações (além, claro, da conformidade com as normas aplicáveis).

Note-se, contudo, que a inversão do ónus da prova — procedimental mas sobretudo processual — só nos não parece problemática se estiverem cumpridos três requisitos: a sua finalidade seja a da protecção preventiva de valores constitucionalmente tutelados [artigos 9º/d) e 66º/2 da CRP]; a sua configuração resulte de uma necessidade, devidamente fundamentada, de garantir a efectividade da justiça ambiental [artigo 52º/3/a) da CRP]; a sua consagração não implique um desequilíbrio intolerável das posições processuais das partes, ou seja, uma violação do princípio do processo equitativo na vertente da igualdade de armas (artigos 20º/4 e 18º/2 e 3 da CRP).

Ora, ressalvadas as situações de inversão de ónus da prova expressamente estabelecidas pelo legislador, temos que o juiz, no quadro dos seus poderes processuais visando a descoberta da verdade material, pode exigir a produção de provas adicionais até ao mais completo esclarecimento sobre o conhecimento dos factores de risco (cfr. o artigo 519º/1 do CPC) — facto que pode, na prática, redundar numa situação semelhante à inversão do ónus da prova. No âmbito dos processos intentados por autores investidos em legitimidade popular, em virtude da natureza dos bens em jogo (cfr. o artigo 1º/2 da Lei 83/95, de 31 de Agosto = LAP), cabe mesmo ao juiz "iniciativa própria em matéria de recolha de provas, sem vinculação à iniciativa das partes" (artigo 17º da LPA — sublinhe-se, contudo, que este poder do juiz se desenvolve "no âmbito das questões fundamentais definidas pelas partes"). Por outras palavras: uma vez definida e caracterizada a dúvida sobre determinados efeitos, o juiz pode ordenar a produção de diligências probatórias com vista ao melhor

¹⁸ Sobre o entrelaçamento entre a intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões e a Lei 19/2006, cfr. o nosso **O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime. Breve notícia sobre a Lei 19/2006, de 28 de Junho**, a publicar na *RMP*, nº 109, 2007, pp. * segs.

esclarecimento possível, *maxime* a intervenção de peritos. Mas esta competência inquisitória não lhe permite dispensar a parte que alega a ofensa da produção de uma *demonstração mínima* dos factores de risco que alegadamente para ele concorrem.

No domínio da responsabilidade, esta suposta "inversão" ganha superior relevo. É na esmagadora maioria das vezes muito difícil, senão impossível, ao lesado deter informação detalhada sobre as causas da lesão sofrida. Se, além da prova do dano, lhe fosse exigível atestar, sem margem para dúvidas, o facto gerador da lesão, a sua tutela jurisdicional ficaria seriamente comprometida. Daí que a lógica de prevenção possa justificar que, uma vez caracterizado o dano e minimamente identificadas as suas causas, caiba aos potenciais lesantes a demonstração de que a sua actividade constitui causa não adequada à sua provocação. Este caso não está previsto na lei geral — nem tão pouco em leis sectoriais de protecção do ambiente —, mas já no caso de a lesão ter sido alegadamente produzida em virtude da omissão de determinadas medidas de vigilância e cuidado, o Código Civil determina a inversão do *onus probandi*, nos termos dos artigos 487º/1, 2ª parte, 486º, 491º, 492º e 493º), cabendo ao presumível lesante a prova de que tomou todas as diligências necessárias à evitação do dano ou que, mesmo sem as ter adoptado, os danos sempre se teriam verificado.

Em suma: fale-se de prevenção alargada a antecipação de riscos ou de precaução, certo é que a tutela cautelar se impõe como instrumento chave no contencioso incidente sobre bens de intensa fragilidade. Vejamos alguns exemplos de como a jurisprudência, internacional, comunitária, francesa e portuguesa tem aplicados os parâmetros da "precaução" na tutela cautelar de bens ambiental e sanitária.

2. O contencioso cautelar e o princípio da precaução: exemplos de um novo paradigma?

Uma vez iluminada a estreita relação entre a antecipação de riscos e a minimização do tempo de intervenção com vista à salvaguarda da integridade de

bens particularmente sensíveis, convém tomar o pulso à *law in action*. O mesmo é dizer, à forma como a jurisprudência tem reagido a esta tentativa de penetração de uma lógica de decisão que, na dúvida sobre as consequências de uma dada actividade, dá preferência à salvaguarda dos bens de maior fragilidade, prescindindo de provas irrefutáveis da lesividade daquela *ou* impondo ao operador a demonstração da sua inocuidade.

2.1. No Direito Internacional: o (segundo) caso dos ensaios nucleares

No plano internacional, o primeiro caso no qual o princípio da precaução foi invocado perante o Tribunal Internacional de Justiça (=TIJ) opôs França e Nova Zelândia a propósito de ensaios nucleares que o Estado gaulês pretendia realizar nos atóis de Mururoa e Fangataufa, num espaço marinho contíguo ao arquipélago neo-zelandês, em 1995¹⁹. Na verdade, tratava-se de uma *reprise* do litúgio que, dez anos antes, havia provocado tensão entre os dois Estados, pela mesma razão²⁰.

Sublinhe-se que, em 1974, o caso não chegou à fase de julgamento, porque a França decidiu unilateralmente fazer cessar os ensaios nucleares atmosféricos, passando a realizá-los ao nível subterrâneo do espaço marinho. O TIJ declarou extinto o pedido de medidas provisórias formulado por Austrália e Nova Zelândia (entretanto deferidas), considerando que havia perdido o objecto — dado que, sendo subterrâneos, não haveria perigo de produção de danos ambientais nas águas daqueles Estados. Nessa altura, a doutrina dividiu-se em torno da questão de saber se o princípio da prevenção de danos ambientais além da jurisdição nacional (cfr. o princípio 21 da Declaração de Estocolmo, que assimila e desenvolve a jurisprudência *Trail Smelter*, da qual se extrai um princípio de não utilização do território de forma a provocar danos a terceiros Estados), no qual o

¹⁹ Sobre o contexto político deste diferendo, veja-se M. TORRELI, *La requête de essais nucléaires français*, in *AFDI*, 1995, pp. 755 segs.

²⁰ Note-se que ambos os litígios envolveram outros Estados da zona, nomeadamente a Austrália, Ilhas Samoa, Ilhas Salomão, Ilhas Marshall e os Estados Federados da Micronésia. Para encurtar o texto, faremos apenas referência à Nova Zelândia.

Tribunal se baseara, já teria adquirido natureza de costume internacional²¹.

Quando o problema se recolocou, em 1995 — com novo pedido de medidas provisórias por parte da Nova Zelândia —, e o Tribunal, a título atípico e não expressamente regulado no seu Estatuto mas previsto no §63 da decisão de 1974²², emitiu um parecer de reexame da situação, vários juízes se pronunciaram no sentido do reconhecimento do princípio da prevenção como princípio geral de Direito Internacional, de base costumeira. Sublinhe-se que o Tribunal enfeitou a competência para analisar o pedido de decretamento de novas medidas provisórias pela Nova Zelândia, não decidindo do fundo da questão, na medida em que a França se recusou a aceitar a jurisdição e a maioria dos juízes (12 contra 3) entendeu que não fora violado o "caso julgado" formado em 1974 — o qual se reportava a ensaios à superfície, não subterrâneos²³.

O fundamento do pedido de medidas provisórias assentou no princípio da precaução. A Nova Zelândia invocou a violação deste princípio pela França, por esta se propor levar a cabo ensaios cujos efeitos, ainda que realizados no plano subterrâneo são susceptíveis de provocar, segundo alguns cientistas, lesões no meio marinho e até nas pessoas. A França afirmou ter tomado

todas as cautelas necessárias — apesar de nunca ter mostrado as conclusões dos extensos estudos que alegava ter feito — e recusou liminarmente a existência de uma qualquer inversão do ónus da prova em Direito Internacional ("le droit international ne connaît pas d'exception écologique en matière probatoire"). O Tribunal não se mostrou sensível a este argumento, rejeitando a lógica da precaução como integrante dos princípios de Direito Internacional do Ambiente.

Na análise, ainda que perfunctória, realizada pelo Tribunal, pertenceu ao Juiz Weeramantry a única sugestão de aplicação do princípio da precaução²⁴. O Juiz, na sua declaração de voto, sustentou que o TIJ se deveria ter ocupado do caso, não só pelo risco que tais ensaios representavam, tendo em consideração dados científicos desconhecidos na década de 1970 e agora revelados, como e sobretudo em virtude da sua responsabilidade perante as gerações futuras. Segundo Weeramantry, era cristalino que

"New Zeland has placed materials before the Court to the best of its ability, but France is in possession of the actual information. The principle then springs into operation to give the Court the basic rationale considering New Zeland's request and not postponing the application of such means as are available to the Court to prevent, on a provisional basis, the threatened environmental degradation, until such time as the full scientific evidence becomes available in refutation of the New Zeland contention".

A maioria dos juízes do TIJ pronunciou-se, no entanto, contra a aplicação do princípio da precaução, descartando a extensão da possibilidade de decretamento de medidas provisórias/proibição em face de situações de incerteza sobre a lesividade da actuação projectada. Este Tribunal viria a confirmar esta posição cautelosa perante a precaução dois anos depois, no julgamento do caso da barragem Gabčíkovo-Nagymaros (1997), no qual

²¹ Segundo PHILIPPE SANDS (*L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France): contribution de l'instance au Droit International de l'Environnement*, in *RGDIP*, 1997/2, pp. 447 segs, 460 segs), o parecer do TIJ neste segundo caso também não contribuiu decisivamente para apurar o estado da questão. Terá sido no parecer do TIJ de 8 de Julho de 1996, sobre a licitude da ameaça ou emprego de armas nucleares, que sobre esse ponto ficou clara a posição do Tribunal, quando no §29 afirmou que "a obrigação genérica que recai sobre os Estados de velar por que as actividades exercidas dentro dos limites da sua jurisdição ou sob seu controlo respeitem o ambiente dos outros Estados ou em zonas fora de qualquer jurisdição faz agora parte do corpo de princípios do Direito Internacional do Ambiente".

²² O §63 da decisão de 1974 previa que "si le fondement du présent arrêt était remis en cause, le requérant pourrait demander un examen de la situation".

²³ Cfr. a análise extensiva das particularidades processuais deste caso feita por L. DANIELE, *L'ordonnance sur la demande d'examen de la situation dans l'affaire des essais nucléaires et le pouvoir de la Cour Internationale de Justice de régler sa propre procédure*, in *RGDIP*, 1996/3, pp. 653 segs.

²⁴ Sobre a posição de Weeramantry, veja-se J. HOLDER, *Safe science? The precautionary principle in International Law*, in *The impact of EC Environmental Law in the United Kingdom*, org. de J. Holder, Londres, 1997, pp. 123 segs, 128.

novamente descartou a sua aplicação, sustentada pela Hungria como base da alegação de um "estado de necessidade ecológico" justificante da suspensão unilateral dos trabalhos de construção²⁵.

2.2. No Direito Comunitário: o caso *Pfizer*

O caso *Pfizer*²⁶ foi a decisão pioneira em sede de aplicação nominada do princípio da precaução. Deve sublinhar-se que a lógica da antecipação do risco já de há muito vinha sendo utilizada pela Justiça Comunitária, nomeadamente pelo TJCE — desde logo no paradigmático caso da "doença das vacas loucas", que suscitou pedidos de medidas provisórias da parte da Coroa britânica contra a decisão de embargo à carne bovina inglesa decretada pelas autoridades europeias²⁷ —, embora o princípio da precaução nunca tivesse sido claramente invocado — e nomeado — como *ratio decidendi*. Alheio a esta subtilidade argumentativa não será, decerto, o risco de unilateralização de medidas derogatórias da legislação comunitária eventualmente

adoptáveis ao abrigo do artigo 30 do TCE propulsionado pela adopção irreflectida do princípio. E isto apesar do acolhimento expresso — quicá temerário — que a máxima mereceu na segunda revisão do TCE, operada pelo Tratado da União Europeia, que o incluiu no elenco de princípios presente no artigo 174/2 do TCE. Bem assim como da aceitação que mereceu da parte da Comissão Europeia (cfr. a *Comunicação da Comissão sobre o princípio da precaução*, de 2 de Fevereiro de 2000²⁸).

No Acórdão *sub judice* discutia-se a validade de um regulamento comunitário que vedava a comercialização de um antibiótico utilizado como aditivo nos alimentos para animais (virginiamicina). A empresa *Pfizer*, líder mundial, sentiu-se especialmente lesada com a adopção deste normativo, na medida em que ele determinava a revogação das autorizações que até então detinha. Daí que tenha apresentado um pedido de suspensão total ou parcial da eficácia do regulamento (actual artigo 242 do TCE) até à decisão da acção de anulação que contra ele intentou, ao abrigo do artigo 230, §4º do TCE. O TPI recusou dar provimento a este pedido e o TJCE confirmou o indeferimento, uma vez que as razões de urgência alegadas pela requerente claudicavam em face do prevalecente interesse público de salvaguarda da saúde²⁹.

No âmbito da acção de anulação intentada pela *Pfizer*, o TPI baseou a sua decisão de não provimento no princípio da precaução. O Tribunal descreveu longamente a relação entre risco e precaução (consid. 136 segs), analisando a conduta das autoridades comunitárias com vista à adopção do regulamento proibitivo. Note-se que a decisão do TPI foi prolatada: i) apesar de o comité de peritos consultado pela Comissão se ter pronunciado no sentido da inexistência de risco para a saúde, animal e humana, da utilização do antibiótica em causa; ii) apesar de o Tribunal ter sublinhado que a decisão não deveria

²⁵ Em especial sobre esta decisão, vejam-se S. MALJEAN-DUBOIS, *L'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, in *AFDI*, 1997, pp. 286 segs; J. FITZMAURICE, *The ruling of the International Court of Justice in the Gabcikovo-Nagymaros case: a critical analysis*, in *EELR*, 2000/3, pp. 80 segs.

Sobre a importância desta decisão para a consolidação de um conjunto de princípios de Direito Internacional do Ambiente, incluindo o princípio da prevenção, J. SOHNLE, *Irruption du Droit de l'Environnement dans la jurisprudence de la C.I.J.: l'affaire Gabcikovo-Nagymaros*, in *RGDIP*, 1998/1, pp. 85 segs, esp. 107 segs. V. também P. MARTIN-BIDOU (*Le principe...*, *cit.*, p. 659) e L. BAGHESTANI-PERREY (*La valeur juridique du principe de précaution*, in *RJE*, 2000 - nº especial, pp. 19 segs, 27), Autores que realçam que, se o TIJ aceitou a invocação do princípio da prevenção enquanto princípio plenamente consolidado no ordenamento internacional, recusou todavia a consagração de um qualquer princípio da precaução.

²⁶ Acórdão do TPI de 11 de Setembro de 2002, Proc. T-13/99. Para uma análise desta decisão, W. DOUMA, *Fleshing out the precautionary principle by the Court of First Instance*, in *JEL*, 2003/3, pp. 394 segs; J. L. CRUZ VILAÇA, *The precautionary principle in EC Law*, in *European Public Law*, 2004/2, pp. 369 segs, 378 segs.

²⁷ Acórdão de 12 de Julho de 1996, Caso C-180/96.

²⁸ COM (2000) 1 final, de 2 de Fevereiro de 2000. Sobre esta declaração, veja-se N. McNEILS, *EU Communication on the precautionary principle*, in *JIEL*, 2000, pp. 545 segs.

²⁹ Acórdão do TPI de 30 de Junho de 1999, Proc. T-13/99 R, e Acórdão do TJCE de 18 de Novembro de 1999, Proc. C-329/99 P(R).

apoiar-se numa "abordagem puramente hipotética do risco, assente em meras suposições ainda não cientificamente comprovadas" (consid. 143); iii) apesar de o Tribunal aceitar que, em cenários de incerteza, de controvérsia entre os cientistas, o decisor deve adoptar as medidas que lhe parecerem "mais adequadas e necessárias para evitar a realização do risco" (consid. 163), embora tal operação não fique imune ao controlo jurisdicional.

No considerando 162 do Acórdão, discretoeu o Tribunal:

"Nestes termos, a avaliação científica dos riscos, realizada por peritos científicos, deve dar à autoridade pública competente uma informação suficientemente fiável e sólida que lhe permita apreender todo o alcance da questão científica colocada e determinar a sua política com pleno conhecimento de causa. Por conseguinte, e caso contrário adoptaria medidas arbitrárias que em caso algum podem ser legitimadas pelo princípio da precaução, a autoridade pública competente deve velar por que as medidas que toma, mesmo que se trate de medidas preventivas, sejam baseadas numa avaliação científica dos riscos tão exaustiva quanto possível, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto".

Uma vez que, embora na posse um parecer que concluiu pela inexistência de risco actual³⁰, a Comissão decidiu seguir os estudos apresentados por outros peritos, fundamentando a sua decisão de acordo com as conclusões destes no sentido da susceptibilidade de eclosão de riscos em virtude da utilização do antibiótico, o TPI não se reconhece competente para rever tal decisão.

³⁰ O Comité de peritos afirmou que a utilização da virgiamicina como factor de crescimento constituia um "perigo" para a saúde humana mas que, em razão da insuficiência dos dados científicos quantitativos disponíveis, não era possível proceder a uma avaliação científica completa dos riscos relacionados com o produto. Ou seja, abriu a porta a uma equação de "risco potencial" ou, para utilizar a fórmula da jurisprudência *Wyhl*, do Tribunal Constitucional alemão (Decisão de 19 de Dezembro de 1985, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 72, pp. 300 segs), não conseguiu excluir todos os factores admissíveis de risco à luz das possibilidades práticas de conhecimento humano — sobre esta decisão v. a nossa dissertação de doutoramento, *cit.*, Parte II, Cap. I, ponto 4.2.2.1..

Detendo esta uma larga margem de livre decisão, "nomeadamente no que respeita à determinação do nível de risco considerado inaceitável para a sociedade" (consid. 167), não é aceitável que o Tribunal se lhe substitua, salvo detecção de erro manifesto ou desvio de poder — o que não entendeu ser o caso.

Quando decidiu tomar uma decisão muito próxima — ou mesmo idêntica — do risco zero, a Comissão realizou uma ponderação de interesses em que a salvaguarda da saúde humana preferiu ao interesse económico das empresas que comercializavam os aditivos alimentares. Uma vez questionada sobre qual a prova que deveria ser feita para justificar a retirada da virgiamicina do mercado, a Pfizer respondeu que "*Tal seria provado pela primeira infecção ou pela primeira prova de colonização ou a primeira prova de transferência para um ser humano*" (consid. 379) — tentando assim refutar a indispensabilidade que a Comissão imputava à proibição de comercialização. A esta observação retorquiu o Tribunal que "*se houvesse que esperar pela conclusão de tais investigações para que fosse reconhecido às instituições comunitárias o poder de tomar medidas de protecção preventivas, o princípio da precaução, cujo objectivo é evitar a superveniência de tais efeitos adversos, ficaria privado do seu efeito útil*" (consid. 386).

A tentativa da *Pfizer* para demonstrar a irrazoabilidade — o "erro manifesto de apreciação" — da ponderação da Comissão soçobrou perante a preferência do TPI pela salvaguarda do interesse sanitário. A empresa não conseguiu provar, irrefutavelmente, que o virgiamicina seria inócuo — *diabolica probatio* seria essa, de resto... E perante esta incapacidade, o TPI rematou:

"Não cabe ao Tribunal apreciar a procedência de uma ou de outra posição científica defendida perante ele e substituir a apreciação das instituições comunitárias, a quem o Tratado conferiu esta missão, pela sua. Como base no que precede, o Tribunal considera todavia que os argumentos das partes, confortados de ambos os lados por opiniões de peritos eminentes, demonstram que existia, no momento da adopção do regulamento

impugnado, uma grande incerteza quanto à relação entre a utilização da virgiamicina como aditivo na alimentação animal e o desenvolvimento da resistência às estreptograminas no homem. Ora, na medida em que as instituições comunitárias puderam validamente considerar que dispunham de um fundamento científico bastante quanto à existência desta relação, a mera existência de indicações científicas em sentido contrário não é susceptível de mostrar que as instituições comunitárias transpuseram os limites do seu poder de apreciação ao considerarem que existia um risco para a saúde humana" (consid. 393 - realçado nosso).

Nesta decisão, é cristalina a associação entre precaução e proporcionalidade. No fundo, o que o TPI admite é que as autoridades comunitárias estão investidas em deveres de protecção de bens fundamentais, tais como a saúde pública, facto que não deve conduzi-las a sacrificar, arbitrariamente, outros interesses, públicos ou particulares³¹. Perante dúvidas fundamentadas sobre a lesividade de um produto, e apesar do apoio igualmente credível da tese da não lesividade, a Comissão optou por seguir as primeiras, proibindo a comercialização do antibiótico. Poderia equacionar-se a possibilidade de sujeitar as autorizações a condições resolutivas de revogação assim que maiores suspeitas de risco se concretizassem ou emergissem de estudos laboratoriais, em vez da proibição absoluta. Mas seria essa alternativa suficiente para, no caso concreto (sublinhe-se: estando em

³¹ Idêntica argumentação seguiu o TPI num caso mais recente, no qual estava em causa a efectivação de responsabilidade extracontratual da Comunidade requerida pela empresa *Malagutti-Vezinhet SA*, em virtude de anúncios veiculados pela Comissão no sentido da retirada do mercado de vários lotes de maçãs, comercializados pela empresa referida, por acusarem um teor de um dado plaguicida (dicofol) superior ao permitido, facto que poderia causar riscos à saúde pública (Acórdão de 10 de Março de 2004, proc. T-177/02). O TPI considerou que, em face dos bens jurídicos em jogo, a ponderação realizada pela Comissão fora correcta, desestimando o pedido indemnizatório da *Malagutti-Vezinhet SA*. Cfr. a anotação a este aresto de L. GONZÁLEZ VAQUÉ, **La sentencia «Malagutti-Vezinhet»: quién es responsable de la información facilitada por el sistema comunitario de alerta en el ámbito de la seguridad de los productos?**, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004/19, pp. 917 segs.

causa um regulamento), o TPI concluir pela desproporcionalidade manifesta do regulamento e ditar a sua invalidação? Não nos parece.

Certo é que o Tribunal de Justiça se não deixou impressionar por esta atitude “progressista”, continuando a não nomear o princípio nas decisões que proferiu posteriormente. Esta recusa é facilmente compreensível se reduzirmos a argumentação da precaução à sua expressão mais simples (e válida): a da obrigação de prevenção temperada pela proporcionalidade.

2.3. No Direito comparado: o contencioso das antenas de telecomunicações móveis na jurisprudência francesa

No contencioso francês, domínio de eleição da precaução seria, segundo alguns³², o das medidas cautelares, *maxime* da suspensão da eficácia (*référé-*

³² A reforma francesa dos meios de justiça cautelar administrativa é vista, em geral, como uma cedência a um princípio de precaução que se traduziria na não necessidade de uma quase certeza de procedência da decisão final como critério de concessão da providência, mas apenas na constatação, pelo juiz, de uma dúvida séria (“un doute sérieux”, como estipula o artigo L. 521-1) sobre a legalidade do acto impugnado. No entanto, como sublinha M. FOULETIER, “encore faut-il que le juge accepte de rompre avec une jurisprudence réservée soucieuse de ne pas troubler sans cause quasi certaine et extrêmement sérieuse la marche de l’action administrative, en n’interprétant pas de manière restrictive les notions de «doute sérieux» et d’«urgence»” — **La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives**, in *RFDA*, 2000/5, pp. 963 segs, 969.

No domínio ambiental, o novo critério de concessão do *référé-suspension* veio tornar supérflua a previsão do artigo 2 da Lei de 10 de Julho de 1967, no âmbito da protecção da natureza, na medida em que este estabelece uma presunção de ilegalidade da decisão administrativa tomada sem a precedência de uma avaliação de impacto ambiental para efeitos do decretamento da sua suspensão pelo juiz: a não realização da avaliação faz necessariamente surgir uma “dúvida séria” no espírito do juiz, impelindo-o a ditar a suspensão, quando requerida — **Rapport du groupe de travail du Conseil d’État sur les procédures d’urgence**, in *RFDA*, 2000/5, pp. 941 segs, 952.

suspension, desde a reforma de 2000)³³. Com efeito, aí foi o princípio posto à prova logo em 1998, quando o *Conseil d'État* se viu confrontado com o pedido de suspensão de eficácia do decreto do Ministro da Agricultura que, na sequência de uma decisão da Comissão europeia, autorizou a comercialização de três variedades de milho transgénico, no quadro da directiva 90/220/CEE. A invocação da precaução pela *Association Greenpeace France*, sustentando a incerteza quanto aos efeitos para a saúde das variedades de milho transgénico, deveria até, na perspectiva de alguma doutrina, conduzir à suspensão (quase) automática do decreto governamental³⁴.

O *Conseil d'État* concedeu, provisoriamente, a suspensão requerida, sem no entanto se pronunciar sobre o argumento da precaução — e apesar de instado pelo Comissário de Governo Stahl a definir a sua posição sobre o assunto³⁵. Simultaneamente, colocou uma questão prejudicial de interpretação da directiva ao Tribunal de Justiça das Comunidades, no sentido de esclarecer se a decisão da Comissão europeia é ou não vinculativa para o Estado-membro, nomeadamente se lhe dá liberdade para recusar a sua aplicação com vista à salvaguarda de interesses sanitários ou ambientais.

A instância jurisdicional comunitária, por seu turno, também nada adiantaria quanto à substância do princípio, limitando-se a resolver a questão da legitimidade de invocação de dados novos como fundamento de não aplicação da decisão autorizativa da Comissão (de 1997) à luz do artigo 16 da directiva, ou seja, da cláusula de salvaguarda de interesses vitais não

económicos³⁶. O Tribunal de Justiça, em 2000, afirmou que a cláusula de salvaguarda ínsita na directiva só pode ser utilizada quando surjam dados novos que indiciem ou comprovem riscos não apurados na primeira avaliação, mas nunca após a emissão da autorização por parte das autoridades nacionais, na sequência da autorização da Comissão — para evitar a violação do princípio da uniformidade. Assim, o *Conseil d'État* teve que negar provimento ao recurso de anulação apresentado pela *Greenpeace* e confirmar a validade da autorização administrativa, cuja legalidade à data da emissão não foi beliscada³⁷.

No que agora mais directamente nos interessa, deve frisar-se que o Conselho de Estado francês, quanto à suspensão de eficácia do decreto governamental, vislumbrou um vício de forma que se traduzia no défice de ponderação de dados não constantes do dossier cuja informação sustentou a decisão de autorização de comercialização do milho transgénico³⁸. Aqueles que entrevêem a precaução como fundamento desta decisão, afirmam que, na dúvida, o *Conseil d'État* optou pela salvaguarda da saúde pública e do ambiente. Quem olha para o princípio com desconfiança ou mesmo descrença, limita-se a observar, no mínimo, que a decisão jurisdicional realiza um mero controlo de legalidade procedimental e, no máximo, que confirma a existência de uma obrigação geral de prevenção de riscos, pautada por

³³ Cfr. as reflexões de G. MARTIN, *Mesures provisoires et irréversibilité en Droit français*, in *RJE* 1998 - n.º especial, pp. 131 segs.

³⁴ Cfr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le CE et le principe de précaution*, in *AJDA*, 1999/6, pp. 4 segs, 5, e N. DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution en Droit public: effet de mode au révolution silencieuse?*, in *RFDA*, 2001/3, pp. 547 segs, 558, 559. Ambos os Autores referem que os indícios sérios de um risco deveriam incentivar o juiz à concessão do *sursis à exécution*, na medida em que isso se traduz na iminência de produção de um dano grave e de difícil reparação, o qual, tratando-se de bens ambientais, pode ser irreversível.

³⁵ Cfr. C. CANS, *Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité*, in *RFDA*, 1999/4, pp. 750 segs, 751.

³⁶ Cfr. R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in *DC&SI*, 2000/4, pp. 725 segs, 732 segs.

³⁷ Cfr. K. FOUCHER, *Organismes génétiquement modifiés: la soumission des autorités nationales à la contrainte communautaire*, in *RJE*, 2001/3, pp. 463 segs, 467.

³⁸ Um *iter* decisório muito semelhante foi adoptado pelo *Conseil d'État* no *Arrêt* de 9 de Outubro de 2002, que decidiu um pedido de anulação de um decreto governamental que permitia a utilização de um determinado insecticida (*Gaúcho*), o qual se veio a revelar lesivo para as abelhas. O Alto Tribunal francês considerou que, perante os novos dados científicos recentemente surgidos, o Governo deveria ter procedido à revogação do decreto — mas nunca utiliza o argumento da precaução, antes sustentando a decisão de anulação na constatação de défice de ponderação da informação disponível (cfr. *AJDA*, 2002/18, pp. 1180 segs).

um dever de diligente apreciação dos dados disponíveis e de adequada ponderação da incerteza por eles eventualmente revelada — controlo de plausibilidade veiculado pelos parâmetros do princípio da proporcionalidade³⁹.

Em última análise, o *Conseil d'État* parece não ter querido comprometer-se com o reconhecimento da precaução como princípio, devido às ambiguidades que o envolvem⁴⁰. Na perspectiva de CANS, “o juiz revelou uma atitude pragmática, aludindo implicitamente à precaução como um elemento integrante da legalidade administrativa, cuja ausência é susceptível de sustentar o questionamento da legalidade de um acto administrativo no âmbito de um processo de suspensão de eficácia”⁴¹. Nomeadamente, associando o dever de “precaução” à prevenção e atraindo-o para o controlo de proporcionalidade.

A abordagem cautelosa do Conselho de Estado é inversamente proporcional a alguma afoiteza com que as jurisdições ordinárias têm cedido à invocação da precaução, no âmbito da justiça cautelar⁴² — devendo sublinhar-se que, desde Maio de 2005, o fazem com apoio

expresso no artigo 5º da *Charte de L'Environnement*. Como nota CASTAING, a concessão quase automática da suspensão da medida administrativa que a suspeita de risco convoca revela a precaução na sua forma mais radical e, portanto, menos operativa. Em domínios onde as dúvidas avultam quanto à existência de risco, quanto ao *como* e *quando* da sua manifestação, a questão da urgência da suspensão controverte-se; na encruzilhada de interesses, públicos e privados, de magnitude social extrema, a decisão cautelar surge como uma decisão de “bilân-coût vantagens”; a necessidade de prescrever medidas positivas (ainda que condicionais) é mais premente do que a mera paralisação da decisão (*maxime*, negativa), mas é também mais complexa, em razão da tecnicidade dos argumentos⁴³.

Um dos palcos em que a precaução tem sido protagonista é o da ofensiva promovida pelos municípios relativamente à colocação de antenas de difusão de sinal de telecomunicações móveis em edifícios da sua circunscrição (sobretudo se vizinhos de escolas, creches, lares e estabelecimentos hospitalares)⁴⁴. Reagindo às decisões municipais de proibição de colocação de tais dispositivos (apesar de respeitarem as distâncias impostas por legislação eurocomunitária e nacional), as empresas de telecomunicações dirigem-se aos tribunais administrativos requerendo a suspensão da eficácia das mesmas⁴⁵. O argumento de precaução esgrimido pelos

³⁹ Cfr. C. CANS, **Le principe...**, *cit.*, pp. 756 segs; J.-MARC FAVRET, **Le principe de précaution ou la prise en compte par le Droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel**, in *Le Dalloz*, 2001, nº 43, pp. 3462 segs, 3467.

⁴⁰ Mesmo numa situação em que estavam envolvidos riscos radioactivos (caso do gerador Superphénix em Creys-Malville, 1997), o *Conseil d'État*, porventura excessivamente consciente do reforço dos poderes do Executivo e do alto grau de complexidade técnica das questões, rejeitou (e bem, em nossa opinião) o recurso ao princípio da precaução, apelando a um “mero” controlo de proporcionalidade — M.-BÉATRICE GRANET, **Principe de précaution et risques d'origine nucléaire: quelle protection pour l'environnement?**, in *JDI*, 2001/3, pp. 755 segs, 783.

⁴¹ C. CANS, **Le principe...**, *cit.*, p. 758.

⁴² Y. JÉZOUGO (**Le juge administratif et l'ordonnancement du Droit de l'Environnement**, in *RJE* - 2004, nº especial, pp. 19 segs, 27 e 28), fazendo um balanço do papel da jurisprudência na implementação e sedimentação dos princípios de Direito do Ambiente e no controlo da actuação administrativa na realização da tarefa de protecção ambiental, conclui que os tribunais administrativos franceses e especialmente o Conselho de Estado têm revelado, em regra, uma abordagem tradicional das questões e evitando explorar os novos princípios — em suma, uma atitude de grande prudência.

⁴³ C. CASTAING, **La mise en oeuvre du principe de précaution dans le cadre du référé-suspension**, in *AJDA*, 2003/43, pp. 2290 segs, *passim*. No mesmo sentido, A. CAPITANI, **La Charte de l'Environnement: un leurre constitutionnel?**, in *RFDC*, nº 63, 2005, pp. 493 segs, 513 segs [*neutralizando* os efeitos da *Charte de l'Environnement* e da referência à precaução nela inserida sobre o contencioso ambiental de urgência nos tribunais administrativos].

⁴⁴ Cfr. P. BINCZAK, **Police des télécommunications et antennes relais de téléphonie mobile: de l'usage conjectural et éclipse du principe de précaution**, **Note au Arrêt du Conseil d'État du 22 août 2002, SFR c/Commune de Vallauris**, in *AJDA*, 2002/20, pp. 1301 segs; P. MOREAU, **Le principe de précaution appliqué à la téléphonie mobile**, **Note au Arrêt du Conseil d'État du 22 août 2002**, in *JCP - La semaine juridique*, 2003/4, pp. 142 segs.

⁴⁵ Cfr. os casos que opuseram a SFR aos municípios de *Villeneuve-Loubet* e *Vallauris*, ambos de 2002, que motivaram recursos para o *Conseil d'État* nos quais o Alto

municípios seduz o juiz de instância, sensível às dúvidas que pairam sobre os efeitos das ondas hertzianas para a saúde das pessoas, especialmente das mais débeis. Não se deixando impressionar nem por relatórios de peritos reputados, nem por um estudo realizado pela Direcção Geral de Saúde, nem tão-pouco pelas conclusões de uma investigação levada a cabo no seio da OMS, todos actuais e juntos aos Autos pela empresa SFR, o juiz administrativo considerou haver grave prejuízo para o interesse público na concessão da suspensão de efeitos da medida proibitiva, julgando assim *in dubio pro salute*.

O Conselho de Estado, todavia, desfez este raciocínio sem nunca sequer invocar (*rectius*: refutar) o princípio da precaução. Numa linha argumentativa muito similar à utilizada no caso *Greenpeace* a que aludimos *supra*, os Juízes do *Palais Royal* consideraram existir, por um lado, um défice de ponderação da parte do juiz de instância, que neutralizou por completo e sem fundamento bastante (nomeadamente, baseando-se noutras avaliações de risco) os documentos apresentados pela SFR, todos no sentido da inexistência de risco actual e significativo decorrente da instalação das antenas — ou seja, não ficou demonstrada a (grave) lesão do interesse público resultante da suspensão. Por outro lado, a equação de interesses refeita pelo *Conseil d'État* fez emergir o interesse nacional na colocação de antenas de comunicações móveis com vista à cobertura plena do território nacional pelo sinal emitido a critério de ponderação, paralelamente ao interesse económico da

Tribunal reviu as decisões de instância, concedendo a suspensão de eficácia requerida pela SFR. Refira-se, todavia, que se as instâncias são generosas na concessão de providências cautelares, já no plano da responsabilidade a orientação tem sido mais restrita. Com efeito, no caso de um pedido de ressarcimento de alegados danos à saúde proposta por dois vizinhos de um poste de telecomunicações contra a SFR, a *Cour d'Appel de Bordeaux* (por acórdão de 26 de Outubro de 2004) confirmou a denegação do pedido pela primeira instância, considerando que o risco que poderia derivar da instalação da antena era infinitesimal, não justificando o arbitramento de qualquer indemnização — cfr. a decisão e a nota de C. RADÉ *in Responsabilité civile et assurances*, 2005/1, pp. 14/15 (O Autor afirma que o juiz tem mais tendência para utilizar a precaução como argumento de concessão de medidas preventivas conservatórias do que como critério de arbitramento de indemnizações com base em riscos puramente hipotéticos).

SFR, ambos justificativos da urgência na concessão da suspensão da proibição decretada pelas autoridades municipais⁴⁶.

O *Conseil d'État* surge assim como *bête noire* na questão das antenas de telecomunicações, sobre ele recaindo o odioso da autorização de colocação das mesmas. As implicações políticas nesta sede são, de resto, bastante evidentes. As autoridades locais, investidas em legitimidade popular pelos munícipes, querem "mostrar serviço" e ganhar capital político, explorando os receios mais básicos das populações, mesmo sem provas consistentes da existência de riscos sérios para a saúde das mesmas⁴⁷. A um tribunal "nacional" será mais fácil adoptar uma visão imparcial do assunto do que a um juiz local, mais pressionado pela proximidade do problema. Sublinhe-se, aliás, que à revisão da decisão de não concessão da suspensão, o Conselho de Estado juntou uma determinação do prazo de emissão da autorização de instalação das antenas, a cumprir sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória ao município no valor de 1.000,00 euros por cada dia de atraso (!).

Julgamos que as reticências do *Conseil d'État* relativamente à precaução são, neste contexto, compreensíveis. Isto na medida em que a "precaução" só ganha autonomia como critério de decisão quando emerge uma dúvida — e esta tem que ser devidamente caracterizada. Não basta alegar que há suspeitas de risco, há que indicar elementos que comprovem, com um mínimo de consistência, tal posição. Ainda que se aceite que a prova da inexistência de riscos sérios para bens jurídicos fundamentais — com uma margem inelutável de risco residual — deva ser produzida pelo operador, que domina a fórmula técnica utilizada, não pode aceitar-se que o requerente da tutela se demita de apresentar qualquer fundamento — salvo o genérico "alarme social" veiculado por notícias mais ou menos vagas e sensacionalistas — para se opor ao desenvolvimento da actividade/introdução do produto por aquele.

⁴⁶ P. MOREAU avança também um outro argumento que, pelo menos implicitamente, teria estado na base da revisão das decisões pelo *Conseil d'État*: o da protecção da confiança da SFR — **Le principe...**, *cit.*, p. 144.

⁴⁷ Chamando a atenção para este ponto, P. BINCZAK, **Police des télécommunications...**, *cit.*, p. 1303.

Ora, uma vez configurada a dúvida perante o julgador — assente num contraditório argumentativo, devidamente apoiado por estudos com conclusões contraditórias —, aí sim, poder-se-á apelar à "precaução". Todavia, também aí rapidamente se perceberá que a "precaução" não é mais do que um juízo de ponderação da necessidade, adequação e equilíbrio da medida administrativa tomada num cenário de incerteza⁴⁸. A leitura atenta da jurisprudência aponta nesse sentido.

2.4. No Direito português: o caso da co-incineração (na cimenteira de Souselas)

O novo capítulo da novela da co-incineração de resíduos industriais perigosos em cimenteiras teve um desenvolvimento recente pela pena da jurisprudência. Tudo começou com a manifestação da intenção do Ministro do Ambiente do Governo presidido por José Sócrates de ressuscitar o processo travado pelo Executivo anterior, com o fim de resolver o problema da gestão dos resíduos industriais perigosos através do processo de co-incineração em cimenteiras, cuja localização ficara determinada em 2000 (nas cimenteiras de Souselas e Outão), após um complexo e controverso procedimento de escolha⁴⁹. O Presidente da Câmara Municipal de Coimbra veio, desde o primeiro momento, declarar a sua firme oposição à reabilitação do projecto e a sua

determinação de recorrer ao poder judicial para paralisar a sua concretização, apelando ao "princípio da precaução".

À emissão do Despacho 16.447/2006, de 21 de Julho, proferido pelo Ministro do Ambiente, do Ordenamento do território e Desenvolvimento regional, nos termos do qual se decreta que

"(...) o projecto de co-incineração de resíduos industriais perigosos no Centro de produção de Souselas seja totalmente dispensado do procedimento de avaliação de impacto ambiental, ficando a presente dispensa condicionada ao cumprimento integral das medidas de minimização anexas ao presente despacho",

o Município de Coimbra respondeu com o requerimento de uma providência cautelar de suspensão da eficácia da mesma, acessoriamente a uma acção administrativa especial de impugnação da sua validade.

Por decisão de 24 de Novembro de 2006, o TAF de Coimbra concedeu provimento ao pedido (processo 758/06.3BECBR), num raciocínio do qual nos permitiríamos destacar os seguintes passos:

i) O Tribunal começa por afirmar que "não cabe nos presentes autos nem na acção principal discutir da bondade ou oportunidade da solução de co-incineração, nem formular juízos de valor sobre os eventuais custos e/ou benefícios dessa forma de tratamento de resíduos";

ii) O TAF de Coimbra afasta a possibilidade de enquadrar o pedido *sub judice* na alínea a) do nº 1 do artigo 120º do CPTA, por não resultar de forma evidente a violação do artigo 3º do DL 69/2000, de 3 de Maio, no qual se regula o (sub)procedimento de dispensa de avaliação de impacto ambiental;

iii) O julgador entende então dever integrar o pedido na previsão da alínea b) do nº 1 do artigo 120º do CPTA, dado tratar-se de uma providência essencialmente conservatória. Neste caso, e num primeiro momento, caberia ao requerente fazer prova da urgência na concessão da tutela cautelar, do *periculum in mora* e do *fumus non malus* da pretensão formulada [Só num segundo e terceiro momentos — como ensinam AROSO

⁴⁸ Neste sentido, A. ROUYÈRE, **L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État**, in *RFDA*, 2000/2, pp. 266 segs, 278; M. FRANC, **Traitement juridique du risque et principe de précaution**, in *REDP*, 2003/1 - nº subordinado ao tema *Public Law and Risk*, pp. 59 segs, 66.

⁴⁹ Sobre os antecedentes do caso que ora analisamos, cfr. C. AMADO GOMES, **A co-incineração de resíduos industriais perigosos. Notas à margem de uma polémica**, in *RJUA*, nº 13, 2000, pp. 9 segs. Ver também os pareceres que em 2000 subscreveram D. FREITAS DO AMARAL e M. GLÓRIA GARCIA, JORGE MIRANDA, PAULO OTERO E M. ASSUNÇÃO ESTEVES, recolhidos na publicação do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território **O caso Co-Incineração**, 1º Vol., Tomo I, Lisboa, 2001, pp. 21 segs, 69 segs, 97 segs e 143 segs, respectivamente.

DE ALMEIDA e FERNANDES CADILHA⁵⁰ — pode avançar-se para a ponderação de interesses, através do apelo a parâmetros de equilíbrio (nº 2) e de necessidade (nº 3)].

Quanto ao preenchimento destes requisitos, o juiz foi totalmente afirmativo:

- haveria urgência na suspensão do despacho porque a co-incineração de resíduos industriais perigosos é potencialmente perigosa para a saúde pública — isto apesar de o Ministério ter juntado estudos que excluem a existência de riscos, para além da declaração de impacto ambiental de 1998, e de a CIMPOR ter demonstrado a implementação de um Sistema de Gestão do Ambiente com o fim de minimizar efeitos nocivos das operações de co-incineração e de ter também carreado para os Autos um Relatório de Actualização dos pareceres de 1998, elaborado por três dos quatro membros da Comissão Científica Independente constituída em 2000, datado de Dezembro de 2005, no qual se atesta que "não há evidência de a co-incineração constituir actualmente qualquer perigo para a saúde pública e para o ambiente";

- haveria fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado por serem prováveis lesões para a saúde pública que não se compadecem com a espera até à prolação da decisão final — sem embargo de a requerente não ter feito qualquer prova, documental ou outra (para além da alegação da existência de estudos nesse sentido), de que a co-incineração é susceptível de causar lesões à integridade física;

- não haveria indícios de falta de procedibilidade do pedido, na medida em que a sua iniciação sem prévia avaliação de impacto ambiental é contrária ao DL 69/2000, de 3 de Maio (Anexo I, 9), não podendo o tribunal, no curto tempo de ponderação que lhe concede o processo cautelar, avaliar a verificação das "circunstâncias excepcionais" que justificam a dispensa, nos termos do artigo 3º/1 do DL 69/2000, de 3 de Maio;

iv) Aqui chegado, o juiz transitou para a ponderação de interesses em jogo, sopesando os danos que decorrerão da concessão da providência relativamente

aos danos que adviriam da sua não concessão, à luz do nº 2 do artigo 120º do CPTA. A análise revelava um dilema curioso: ambas as partes alegam o interesse na salvaguarda da saúde pública. O Município de Coimbra, por entender que a co-incineração é nociva para a saúde das populações; o Ministério do Ambiente (e a CIMPOR), por considerar que a perpetuação do estado de abandono a que se votam os resíduos perigosos e a sua queima em lixeiras a céu aberto são fontes de risco sanitário. Ora, ponderando os interesses em presença, o juiz concluiu que "os danos que poderão resultar do decretamento da suspensão de eficácia requerida são incomensuravelmente inferiores aos que podem potencialmente advir da sua concessão", pois é menos lesivo continuar por mais algum tempo a queimar resíduos a céu aberto do que implementar uma solução altamente gravosa para a saúde das populações.

O leitor perguntará: mas que tem esta decisão a ver com o princípio da precaução? Curiosamente, o princípio surge "fora de ordem", como se o julgador tivesse pressentido um lapso de raciocínio e tivesse sentido necessidade de o colmatar. Expliquêmo-nos. Já depois de ultrapassada a fase incontornável do preenchimento dos requisitos da alínea a) do nº 1 do artigo 120º do CPTA, e mesmo após ter entrado na ponderação de interesses, o juiz retoma o problema da prova do dano de difícil reparação — que o requerente não prova minimamente... — e apela ao princípio da precaução como tábua de salvação deste "salto lógico". Este princípio — que ao contrário da realidade comunitária ou francesa, não encontra âncora de consagração geral no Direito português⁵¹ — justificaria

⁵⁰ M. AROSO DE ALMEIDA e C. FERNANDES CADILHA, *Código do Processo nos Tribunais Administrativos, Anotado*, Coimbra, 2005, pp. 610 segs

⁵¹ O princípio surge enunciado no artigo 9º/1 do DL (Licença ambiental) e definido no artigo 3º/1/e) da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água), traduzindo-se em que "as medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma acção sobre o ambiente devem ser adoptadas mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles" (sublinhe-se que, nos termos do mesmo diploma, do mesmo preceito, na alínea seguinte, o princípio da prevenção significa que "as acções com efeitos negativos no ambiente devem ser consideradas de forma antecipada por forma a eliminar as próprias causas de alteração do ambiente ou reduzir os seus impactes quando tal não seja

uma inversão do ónus da prova a cargo do requerido, facto que teria uma dupla implicação: a necessidade de o Ministério do Ambiente atestar a inocuidade do processo de co-incineração; a dispensa total de caracterização e sumária demonstração do *periculum in mora* por parte do requerente.

Elucubrando sobre este princípio, conclui o Tribunal:

"(...) atendendo ao supra exposto quanto à exigência legal de avaliação de impacto ambiental como único meio de prova dessa ausência de lesividade, é de sustentar, no presente caso, que essa prova não se afigura assegurada nos autos.

No entanto, é de sublinhar que a prova em contrário, isto é, de que existe risco para os bens jurídicos em presença, também não foi oferecida pelo requerente.

No entanto (...), «Havendo dúvida, a decisão é tomada num sentido in dubio por ambiente».

Assim sendo, tendo presente que ainda estamos no âmbito cautelar, estando em causa a prevenção da utilidade de uma eventual e futura sentença favorável no processo principal, considerando que o que está em causa na acção principal é apurar se estão reunidos os pressupostos de dispensa de avaliação de impacto ambiental, cuja função primordial consiste na prevenção de potenciais riscos para o ambiente e saúde através da avaliação prévia das eventuais consequências de um determinado projecto ou actividade, ponderando ainda que a questão a decidir se insere numa área do Direito em que vigora o princípio da precaução, podemos afirmar que estamos no domínio da «tripla cautela».

Esta tripla cautela aponta para uma decisão que, no caso de dúvida, o julgador se decida a favor do ambiente, saúde pública e qualidade de vida.

Face ao assinalado e aparente desvalor legal das avaliações, estudos, testes e melhorias entretanto realizadas, é lícito concluir que os bens jurídicos em causa (ambiente, saúde pública e qualidade de vida) serão melhor defendidos através da concessão da providência requerida".

possível" — o seu confronto atesta bem que a diferença entre ambos é de grau, e não de natureza).

Esta decisão foi recorrida para o TCANorte, tendo merecido a confirmação deste por Acórdão de 29 de Março de 2007. Curiosamente, o TCA detectou o vício de raciocínio do juiz de Coimbra — ter avançado para a ponderação de interesses sem caracterizar o *periculum in mora*⁵² —, mas tão pouco do seu *iter* argumentativo se consegue descortinar a demonstração da existência deste.

Chega a causar alguma perplexidade o percurso seguido pelo TCA. Senão, ouçâmo-lo em discurso directo:

"Importa, por fim, ter presente que o requerente terá de tornar credível a sua posição através do encadeamento lógico e verosímil de razões convincentes e objectivas nas quais sustenta a verificação dos requisitos da providência, já que da conjugação dos arts. 112º, nº 2, al. a), 114º, nº 3, als. f) e g), 118º, 120º, todos od CPTA, não se mostra consagrada uma presunção «iuris tantum» da existência dos aludidos requisitos como simples consequência da existência em termos de execução do acto, termos em que o requerente do presente meio cautelar não está desobrigado ou desonerado de fazer a prova e demonstração dos factos integradores dos pressupostos ou requisitos em questão, alegando, para o efeito, factos integradores daqueles pressupostos de modo especificado e concreto, não sendo idónea a alegação de forma meramente conclusiva e de direito ou com utilização de expressões vagas e genéricas.

Pelo que, numa providência cautelar, vigora também a regra geral do ónus da prova, segundo o qual àquele que invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do mesmo — artigo 342º, nº 1, do Código Civil. Só que, no âmbito cautelar, o legislador

⁵² Afirma o TCA: "É que a ponderação de interesses em presença não se destina a orientar o juiz na verificação do *periculum in mora*."

A referida ponderação de interesses em presença só deve ocorrer, de acordo com o regime instituído no CPTA, se no caso concreto o julgador tiver chegado à conclusão de que se encontram reunidos os pressupostos de que depende a concessão de uma providência cautelar: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

(...) É certo que a sentença recorrida errou nos termos supra expostos (...)"

basta-se com uma prova sumária dos fundamentos do pedido (...).

Mas prova sumária não é o mesmo que ausência de prova". (realçado nosso)

Seria de esperar que, depois destas considerações, o TCANorte concluísse — *rectius*: fosse forçado a concluir — que não foi feita, no processo, qualquer prova da irreversibilidade de prejuízos, mais ou menos graves, para saúde das populações. Mas não: o Tribunal prescindiu desse elemento, por si considerado imprescindível para a concessão da providência, e afirmou apenas que tal *periculum* se caracterizava pela "impossibilidade de, uma vez negada a providência, reintegrar no plano dos factos a situação existente", por ser inelutável que os actos materiais de co-incineração que hajam tido lugar (..) não poderão ser eliminados por efeito da prolação da sentença na acção principal (...)"... E tudo isto descartando expressamente o princípio da precaução⁵³!

3. Balanço crítico

Depois deste relance breve por alguma jurisprudência seleccionada, gostaríamos de deixar duas notas críticas:

1) A jurisprudência — sobretudo ao nível dos tribunais superiores — tem manifestado muitas reticências e resistências na aceitação do princípio da precaução como *ratio decidendi* de decisões de acolhimento de providências cautelares. À invocação do princípio, os tribunais, quando deferem o pedido de justiça cautelar, justificam a decisão em dois tipos de

⁵³ Ao argumento do Ministério de que a sentença recorrida teria aplicado um princípio que não existe na ordem jurídica, o TCANorte retorquiu: "Independentemente da validade jurídica de quanto se dispôs neste campo na sentença recorrida, como vimos, tal argumentação esteve na base da ponderação de interesses que foi por nós decidida e ponderada sem o supra referido princípio (...)". Manifestando idêntica indiferença face ao princípio (invocado pela Quercus na primeira instância a fim de travar a construção de um novo troço do IC19 que atravessa a Rede Natura), veja-se o Acórdão do TCASul, de 19 de Novembro de 2006, proc. 01932/06.

argumentos: procedimentais (ausência de trâmite essencial, *maxime* avaliação de impacto ambiental⁵⁴) ou de ponderação (défice de ponderação manifesto por parte do decisor, com base nos elementos que tinha/deveria ter ao seu dispor). Na verdade, a "precaução" — que mais não é do que uma prevenção antecipada a riscos — *só ganha autonomia enquanto critério material de revisão de um acto em que a dúvida da lesividade (ou da sua causa) persiste*, apesar das provas apresentadas por ambas as partes. Ora, tal dúvida, ou se resolve por recurso a **critérios objectivos** — preterição de formalidades que teriam a virtualidade de incorporar no *iter* decisional elementos de ponderação necessários, na medida das possibilidades do conhecimento humano —, ou por recurso a uma competência de **controlo mínimo da competência de avaliação e gestão da incerteza** pelas autoridades administrativas — por erro manifesto de apreciação e ponderação dos factores de risco. Ir além disto, é investir o juiz num poder de substituição de "valorações próprias do exercício da função administrativa", ilegal e inconstitucional (cfr. os artigos 95º/3 do CPTA, e 111º e 266º/1 da CRP).

Como afirmam MORATO LEITE e AYALA, "(...) se a incerteza não superada pelos procedimentos de avaliação de riscos não pode ser razão de justificação para obstar a implementação de medidas precaucionais, de outro modo deve-se ressaltar que a autorização de sua implementação não resultará, sempre, em decisões pela abstenção (banimento e proibição) e pela opção em nome do risco zero. Apesar de sua relevância, deverão ter sua

⁵⁴ Sublinhe-se que esta ausência, que nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 120º do CPTA, pode "acelerar" a concessão da medida cautelar (dispensando o juiz da ponderação de interesses prevista nos nºs 2 e 3 do preceito), será difícil de verificar *qua tale*: vejamos os casos do "Túnel do Marquês" (cfr. as decisões do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, de 22 de Abril de 2004; do TCASul, de 14 de Setembro de 2004; do STA, I, de 24 de Novembro de 2004) — no qual se questionava a obrigatoriedade de realização de AIA em virtude da inexistência de referência inequívoca nos Anexos do DL 69/2000 a "túneis rodoviários" —; e o caso da co-incineração, aqui tratado, no qual se discute a admissibilidade de dispensa de AIA.

necessidade e compatibilidade avalizadas e consideradas de acordo com a específica situação de facto"⁵⁵;

2) A "inversão do ónus da prova" que resultaria do princípio da precaução deve ser aceite com muitas cautelas, sob pena de violação intolerável do princípio do processo equitativo, na vertente do princípio de igualdade de armas (cfr. os artigos 20º/4 da CRP e 5º, LV da Constituição brasileira). É duvidoso que a inversão possa existir, sem previsão expressa do legislador, uma vez que tal técnica representa uma compressão do direito de defesa do réu/requerido que só motivos de indispensabilidade poderão sustentar. Mas, ainda que tal se admitisse — sem conceder —, excessiva seria sempre a extensão da medida deste *onus probandi* para além dos limites do razoável, i. e., e salvo maior precisão do legislador, do nível de comprovabilidade científica de ausência de risco através dos dados científicos disponíveis e credíveis — como preconiza o princípio da precaução, na sua versão radical.

Com efeito, a exigência da prova da inocuidade da actividade como condição de obtenção de uma autorização ou de isenção de responsabilidade, obriga a uma *diabolica probatio* que afronta os cânones da proporcionalidade, em virtude da compressão intolerável da liberdade de iniciativa económica privada⁵⁶. O empresário/industrial fica sujeito a um ónus de realização impossível, cujo cumprimento inviabilizaria o desenvolvimento de qualquer novo projecto potencialmente lesivo de bens ambientais naturais, o que atenta contra a preservação do núcleo essencial do direito que adstringe o legislador ordinário, nos termos do artigo 18º/3 da CRP.

Subscrevemos, assim, inteiramente a crítica de BARTON a esta extensão desmesurada da medida de

prova⁵⁷. O Autor, depois de destrinçar os problemas da inversão, por um lado, e do agravamento do *quantum do onus probandi* numa aplicação estrita do princípio da precaução, por outro lado, sublinha que a imposição de um critério de prova similar ao utilizado no processo penal (*beyond a reasonable doubt*) é política e economicamente incorrecto, por irrealista. Assim, propõe a adopção de **um critério de comprovabilidade razoável** (*reasonable ecological or medical concern*) que o juiz complementarmente, caso entenda necessário para o melhor esclarecimento possível da dúvida gerada, através do recurso a peritos .

Lisboa, Maio de 2007

CARLA AMADO GOMES

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa

⁵⁵ J. R. MORATO LEITE e PATRYCK A. AYALA, **Direito ambiental na sociedade de risco**, 2ª ed., Rio de Janeiro/S. Paulo, 2004, pp. 87, 88.

⁵⁶ N. DE SADELEER adverte para a necessidade de modular a exigência de ausência total de risco, na medida em que "la démonstration du «risque-zéro» conduit nécessairement à une aporie puisque toute activité humaine est susceptible d'avoir d'une façon ou d'une autre un impact sur l'environnement. Au demeurant, rien ne supprimera la part incompressible d'imprévisibilité que comportent certaines activités à risque" — **Les principes...**, *cit.*, p. 194.

⁵⁷ C. BARTON, **The status...**, *cit.*, pp. 550, 551.

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Lilian Márcia Balmant Emerique¹

1. Introdução

Há algum tempo a doutrina tem alertado para a situação de crise evidenciada no Poder Judiciário, o debate despertou o interesse de análises nos mais variados países e passa por uma série de estudos e avaliações sobre o papel do Poder Judiciário e de aspectos que visam o aperfeiçoamento e eficiência da prestação jurisdicional e da própria instituição, reconhecidamente importante para a configuração do Estado democrático de Direito.

No Brasil, a crise do Poder Judiciário pode ser encarada por uma série de fatores, alguns reflexos podem ser observados na imagem veiculada pela imprensa e pela opinião pública de um Poder moroso e inepto na prestação de um serviço público essencial. O Poder Executivo, através dos agentes responsáveis pela preparação do Orçamento Geral da União, engrossam o coro daqueles que criticam a atuação do Judiciário ao considerá-lo uma instituição com pequena eficiência gerencial, perdulária e insensível ao equilíbrio das finanças públicas, devido aos gastos vultosos com obras, os elevados gastos com a folha de pagamento e as próprias sentenças proferidas, comprometem o ajuste fiscal, a política econômica que visa a estabilidade monetária e a “reforma do Estado”. O Congresso Nacional também não poupa nos ataques e acusa o Poder Judiciário de ir além de suas prerrogativas, de interferir no processo legislativo e de obstaculizar a execução de

políticas provenientes de órgãos representativos eleitos democraticamente, deixando de agir tecnicamente na aplicação da lei, o que conduz à judicialização da política e a “tribunalização” da economia.²

Frente a onda de insatisfação quanto à atuação do Poder Judiciário em especial diante do processo crescente de judicialização da política, tão questionado pelos demais Poderes do Estado e pela própria sociedade, cumpre rever o papel atribuído ao Judiciário. O presente estudo tem por objetivo tratar da questão do controle dos atos de governo pela jurisdição e fornecer uma modesta contribuição para o debate sobre a judicialização da política no que concerne a sua atuação junto às políticas públicas movidas pelo Executivo e procurar avaliar as suas possibilidades e limites de acordo com as disposições constitucionais.

Inicialmente tratamos de aspectos gerais sobre a judicialização da política e as objeções ao processo, para em seguida fazer referência ao conceito e a caracterização dos atos discricionários e a sua conexão com a execução das políticas públicas. Depois enfrentamos os questionamentos relacionados ao papel do Poder Judiciário no controle dos atos de governo e, por último, situamos o debate em relação à judicialização da política e à efetividade dos direitos sociais, com a discussão sobre suas possibilidades e limites, principalmente em relação ao controle das políticas públicas.

2. A judicialização da política

A expansão das ações do Poder Judiciário é um fenômeno que aconteceu em larga escala no final do século passado e despertou o interesse das ciências sociais sobre o papel do Poder Judiciário. O Poder Judiciário ocupa cada vez mais um lugar estratégico no controle dos demais Poderes, principalmente do Poder Executivo.

A ampliação do Poder Judicial é avaliada por fatores diversos, alguns afirmam que as condições

¹ Doutora em Direito do Estado. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos/UNIFLU (Brasil). Atualmente realiza estudos de pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a supervisão do Professor Doutor Jorge Miranda.

² Para uma análise mais pormenorizada sobre a judicialização da política ver; FARIA, José Eduardo. “A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão” In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15-48.

políticas para o surgimento da judicialização são: a expansão da democracia como condição necessária, embora não suficiente para o surgimento da judicialização; a separação dos Poderes como modelo de estruturação funcional do Estado; a existência de direitos políticos formalmente reconhecidos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias. Todas estas condições estão presentes no caso brasileiro.

As relações entre o sistema judicial e o sistema político atravessam um momento de tensão cuja natureza pode ser resumida numa frase: a judicialização da política pode conduzir à politização da justiça.

A recente atuação dos tribunais constitucionais e cortes supremas põem em relevo a questão problemática dos princípios da separação de poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, e também introduz um tipo original de espaço público, não vinculado as clássicas instituições político-representativas.

Nota-se que uma intensa pressão e mobilização política da sociedade provoca a expansão do poder dos tribunais ou daquilo que designa como “ativismo judicial”. Nos países da *common law* este ativismo judicial é mais favorecido em face das práticas de criação jurisprudencial do direito e da influência política do juiz. Já nos países de sistema continental, os novos textos constitucionais, quando incorporam princípios, estabelecem Estados democráticos de Direito, edificam objetivos e fundamentos do Estado, acabam por assegurar o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional.

Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política. Tal pode ocorrer por duas vias principais: uma, de baixa intensidade, quando membros isolados da classe política são investigados e eventualmente julgados por atividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição social destacada lhes confere; outra, de alta intensidade, quando parte da classe política, não sendo capaz de resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos através de

denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, a espera que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente.³

No momento em que ocorre, não é fácil saber se um dado processo de judicialização da política é de baixa ou de alta intensidade. Só mais tarde, através do seu impacto no sistema político e judicial, é possível fazer tal determinação. Enquanto a judicialização de baixa intensidade retira a sua importância da notoriedade dos investigados, a de alta intensidade retira-a da natureza dos conflitos subterrâneos que afloram judicialmente. É, por isso, que só esta última tende a provocar convulsões mais sérias no sistema político.

À luz destas considerações, conclui-se que a “operação mãos limpas”, desencadeada pelo Ministério Público italiano, no início da década de noventa, constituiu uma judicialização da política de alta intensidade, enquanto a que ocorreu ao longo da década na Espanha, Bélgica e França foi de baixa intensidade.⁴

A judicialização é apontada como um processo que ocorre em dois sentidos por Vallinder:⁵ como uma reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político com base na Constituição (mediante o controle jurisdicional de constitucionalidade). Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria o seu poder frente aos demais poderes; e como a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente como os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam.

Várias são as ferramentas interpretativas do processo de judicialização da política que podem, inclusive, ser empregadas para análise da ampliação do poder judicial tanto nos países centrais como nos periféricos: a intensificação da normatização de direitos, principalmente em face de sua natureza difusa e coletiva; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições

³ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Judicialização da Política**. Publicado no *Público* em 26 de Maio de 2003.

⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*

⁵ VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. *The global expansion of Judicial Power: The Judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.

democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos, com a preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre eles a magistratura e o ministério público; as diversas investigações voltadas para esclarecimento dos casos de corrupção a abranger a classe política, fenômeno já descrito como criminalização da responsabilidade política; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional; e, finalmente, a incidência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática.

A judicialização da política, segundo alguns críticos do processo, está a conduzir à politização da justiça. Esta consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos Poderes dos órgãos de soberania. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de *stress* institucional que, a depender da forma como for gerido, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força. É cedo para saber qual dos dois resultados prevalecerá, mas não restam dúvidas sobre qual o resultado que melhor servirá a credibilidade das instituições e a consolidação da nossa democracia: que o sistema judicial revele a sua força e não a sua fraqueza. Revelará a sua força se atuar celeremente, se mostrar que, mesmo em situações de *stress*, consegue agir segundo os melhores critérios técnicos e as melhores práticas de prudência e consegue neutralizar quaisquer tentativas de pressão ou manipulação.⁶

3. Judicialização da política e a separação de Poderes

Na discussão sobre a judicialização da política sempre vale a pena debater a responsabilidade democrática dos juízes. Dúvidas não pairam sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos de cidadania, contudo, é fundamental que o seu atual

protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

No passado, as críticas ao processo de judicialização da política partiam de setores comprometidos com a defesa de uma hermenêutica constitucional restritiva, uma vez que vinculados a uma cultura jurídica positivista e privatística. O que agora se ouve são vozes que invocam a vontade de domínio dos tribunais e a conseqüente restrição da soberania popular e dos direitos fundamentais.

Uma das objeções mais recorrentes ao fenômeno de judicialização da política consiste na referência de que o processo conduz a fratura da separação dos Poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário, através de suas decisões, atinge o Poder Legislativo através do controle de constitucionalidade ou pelo exame ou reexame de atos afeitos a sua competência (p. ex.: exames dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, dos processos de cassação de parlamentares por falta de decoro), e também atinge o Poder Executivo através do controle jurisdicional dos atos administrativos, principalmente das políticas públicas.

Cumprе acentuar que o alargamento do âmbito de atuação do Poder Judiciário não pode representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. Se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e limitar cada poder político e assegurar a soberania popular. Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação de poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, isto não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais e transformar os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.⁷

⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*

⁷ CITTADINO, Gisele. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

Vários autores entendem que os tribunais exercem a função de estabelecer uma síntese interpretativa dos valores constitucionais forjados pelo povo e, por isso, não manifestam temor de que o processo de judicialização da política venha a atuar em desacordo com o império da lei e seus fundamentos democráticos.

Cabe indagar se a conexão entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática que subjaz ao processo de judicialização da política pode induzir a quebra de limites normativos à soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a defender-lhes.

As constituições das democracias contemporâneas demandam uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram e as decisões dos tribunais – especialmente diante dos conflitos entre direitos fundamentais – têm necessariamente o caráter de decisões de princípio. Apesar da dimensão “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico e que não ameaça a separação de poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que vão além do direito escrito, devem pronunciar decisões corretas e não se perder na tarefa de “criação do direito” a partir de valores preferencialmente aceitos. A decisão de princípios emanada pelas cortes supremas não podem ser equivalentes a emissão de juízo que ponderam objetivos, valores e bens coletivos, pois, a interpretação constitucional deve decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como contrabalançar interesses ou relacionar valores.

Como bem alerta Gisele Cittadino, uma interpretação constitucional orientada por valores, que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, com evidente descuido em relação ao caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores compartilhados parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas. Por isso, num Estado democrático de Direito, a corte

constitucional deve entender-se como protetora de um processo legislativo democrático e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais.⁸

Uma cidadania ativa acontece quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como destinatários, mas também como os autores do seu direito e se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública como privada, e a legitimação do direito. É precisamente do fato de que são autores e destinatários do ordenamento normativo que decorre, portanto, o direito dos cidadãos de tomarem parte na interpretação constitucional, ampliando o círculo de intérpretes da Constituição (Häberle), ou de outra forma contribuindo para o favorecimento do processo de judicialização da política. O processo de judicialização da política pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, que procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na constituição.

Segundo Gisele Cittadino, esse é o caso brasileiro. Se hoje podemos discutir o processo de judicialização da política é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito, ao promulgar uma constituição que, nesse processo, representa um consenso, ainda que formal, em torno de princípios jurídicos universais. Se a constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores, é preciso, portanto, implementar e inscrever os seus princípios em nossa história política. Para isso, o processo de judicialização da política não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do poder Judiciário. A própria constituição instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende da atuação dos tribunais, mas, sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.⁹

⁸ CITTADINO, Gisele. *Op. Cit.*, p. 17-42.

⁹ CITTADINO, Gisele. *Op. Cit.*, p. 17-42.

A questão da judicialização da política freqüentemente esbarra na discussão sobre a separação de Poderes, por esta razão cabe esclarecer sucintamente o significado do princípio da separação de Poderes com o intuito de melhor compreender este tipo de crítica.

O princípio da separação dos Poderes tem gerado, ao longo dos seus mais de dois séculos de existência constitucional, a maior controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à defesa incondicional. As acepções em torno da compreensão da separação de Poderes variam muito, pode-se enumerar, a título de exemplo, algumas abordagens:¹⁰

a) Distinção entre os conceitos de legislativo, executivo e judicial, para designar quer funções estaduais distintas quer os órgãos que respectivamente as exercem.

b) Independência ou imunidade de um órgãos estadual, quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus atos, perante a ação ou interferência de outro.

c) Limitação ou controle do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos atos do primeiro, ou mediante a responsabilização de um perante o outro.

d) Participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estadual, em ordem à prática de um ato imputável a todos.

e) Incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos estaduais.

O Princípio da separação de Poderes (art. 2º da Constituição brasileira de 1988) é uma peça chave da democracia representativa, que procura impedir a concentração de todas as funções do Estado num único órgão ou em órgãos submetidos a um único centro.¹¹ O objetivo consubstanciado na sua criação é a repartição, a limitação e o controle do poder político ao que se somou, posteriormente, a especialização das funções e a eficiência no desempenho das funções estatais.

¹⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 12.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 122. O autor alude ao fato de que "A divisão funcional do Poder é condição institucional da democracia".

Enquanto instrumento de repartição, limitação e controle do poder; o princípio da separação de Poderes fortalece a democracia porque visa a evitar dentre outras coisas a suplantação da representação e a arbitrariedade. Elementos estes que uma vez alijados do Estado comprometeriam a efetividade democrática do mesmo.¹²

O princípio pressupõe uma distinção material das funções estaduais, cujo o desempenho de cada uma delas cabe a um órgão ou grupo de órgãos específico, independente dos demais; esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânico-pessoal nela fundada se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática, mas também por preocupações garantísticas: a visão desenvolvida consiste na idéia de que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado; a entrega de cada uma das atividades do poder político seja destinada a diversos órgãos de maneira que cada constitua perante o outro um freio e um contrapeso, prevenindo-se a concentração e o abuso do poder, a favor da liberdade individual.

Como uma separação orgânico-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes deve existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência – o que, em última análise, reforçará a fiscalização e o controle recíproco.

Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos Poderes deve continuar a ser visto como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seu núcleo imutável, mas deixou, no entanto, de pressupor necessariamente uma classificação material das funções estatais, com aspiração a uma validade científica universal e intemporal. Não é um dogma, mas apenas parte integrante de uma concreta constituição, a partir de cuja distribuição de competências se constrói, o princípio pretende ainda, assegurar atualmente uma estrutura orgânica funcionalmente justa, como princípio de organização ótima das funções de um Estado ativo como o hodierno.¹³

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição* Coimbra: Coimbra, 1991, p. 79.

¹³ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 15.

No âmbito do princípio da separação de Poderes ganha cada vez maior relevância a variedade de meios recíprocos de controle inter-orgânico, dentre os quais avultam diversas modalidades de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, postergado, aonde chegou a triunfar, o dogma de raiz iluminista da intangibilidade da lei.

A isto se juntam outras maneiras de separação de Poderes, para além das que se processam entre órgãos estaduais supremos – as quais, de todo o modo, continua a constituir a modalidade fundamental do princípio – de que se destaca a chamada separação territorial ou vertical dos poderes.

Enfim, progressivamente ocorreu uma complexificação do princípio da separação de Poderes e o seu tratamento dogmático ganhou contornos mais densos.

O perfil contemporâneo do princípio da separação de Poderes desautoriza qualquer mensuração do mesmo em caráter absoluto, ou seja, para designar uma total separação. O controle do poder foi o objetivo principal, o fundamento de toda essa construção e não pode ser esquecido ou abandonado em nome de concepções meramente dogmáticas. Com isso também não se pretende afirmar que qualquer intervenção proveniente do Poder Judiciário, acobertada com o suposto manto de controle recíproco, seja devida ou mesmo necessária.

Os limites entre controles recíprocos e invasão de competência nem sempre são muito claros e as dificuldades perduram em estabelecer até onde o Poder Judiciário pode exercer o controle dos atos de Governo sem exacerbar suas funções. Contudo, também não é correto utilizar o princípio da separação de Poderes como um instrumento inviabilizador do controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas sob a alegação de que acarretaria uma indevida judicialização da política, principalmente quando o exame procedido pelo Judiciário tem por propósito conferir a compatibilidade dos atos com as normas constitucionais que vinculam todos os poderes, inclusive a administração. Há que se buscar a moderação, o equilíbrio na atuação dos três Poderes, apesar de se reconhecer a presença de inúmeros obstáculos para alcançar esta finalidade.

4. Atos de governo e a discricionariedade

A objeção suscitada sobre a separação de Poderes e suas conseqüências no processo de judicialização da política materializa-se na questão do controle jurisdicional dos atos da administração em confronto com a discricionariedade do administrador identificada como uma característica inerente a determinadas espécies de atos administrativos, principalmente relacionados ao desenvolvimento das políticas públicas. Daí a importância de esclarecer determinados elementos da relação entre os atos de governo e a discricionariedade do administrador antes de propriamente adentrar na temática do controle jurisdicional das políticas públicas.

A constituição, enquanto estatuto jurídico do fenômeno político, apresenta uma série de finalidades a serem cumpridas pelos agentes estatais de modo obrigatório. A relação estabelecida na realização destas finalidades possui um caráter de dever, antes de um “poder”, que caracteriza uma função em termos jurídicos.

As lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, ressaltam a importância de se dimensionar o eixo metodológico do Direito Público em torno da idéia de dever e não com base na visão mais convencional articulada em torno da idéia de poder. Isto porque no exercício da função pública o sujeito exercita um poder, entretanto o faz em proveito alheio, e age não porque queira ou não queira, mas porque tem o dever de fazê-lo. Assim conclui: “o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um “poder” discricionário.”¹⁴

A discricionariedade consiste em certa margem de liberdade, expressa no conteúdo do ato praticado pelo administrador, no cumprimento estrito da lei, que decorre da hipótese prevista na norma, e/ou no comando nela

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15.

inserido e/ou na finalidade por ela pretendida. Nestas situações cabe um juízo subjetivo do administrador no que diz respeito: a) à determinação ou reconhecimento, dentro de certos limites, da situação fática; b) ao agir ou não agir; c) à escolha do momento para fazê-lo; d) à forma jurídica do ato; e) à escolha de medida considerada adequada, perante a situação de fato, para cumprir a finalidade legal.¹⁵

Cumpra ressaltar que a discricionariedade permitida no comando da norma tem por objetivo requerer do administrador o cumprimento do dever de adotar a melhor solução, ou seja, a conduta a ser adotada deve ser capaz de satisfazer de forma excelente a finalidade legal. Assim, a liberdade administrativa é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta. De maneira que, as circunstâncias fáticas limitam a discricionariedade que está abstratamente tratada na norma. Caso o administrador adote alguma medida que conflite com a finalidade da norma, o Judiciário deverá exercer o controle jurisdicional do ato, ou mesmo da omissão do ato, quando for o caso.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, discricionariedade consiste na margem de liberdade pertencente ao administrador para escolher, de acordo com critérios substanciais de razoabilidade, um, dentre pelo menos duas opções de comportamentos admissíveis, perante cada caso concreto, com o intuito de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da abertura das expressões contidas na lei ou da liberdade expressa no

mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.¹⁶

Após apresentar sucintamente a noção de discricionariedade, passaremos a abordar a questão do controle dos atos de governo pela jurisdição.

5. Controle dos atos de governo pela jurisdição

Na Constituição encontram-se as opções políticas fundamentais de uma determinada comunidade; portanto, esta sujeita-se às variações temporais e espaciais identificadoras, em cada caso, do povo e da época histórica que visa regular.

O fenômeno político encontra-se em grande medida normativamente disciplinado no estatuto constitucional. As constituições não têm a pretensão de esgotar a ordenação do aspecto político de um povo, inclusive porque seria impossível atender tamanha empreitada e, ainda que fosse possível responder favoravelmente a este esforço, seria problemático, visto que a Constituição tornar-se-ia um entrave às mudanças que caracterizam a dinâmica social.

A Constituição, como estatuto jurídico do político, define os princípios políticos constitucionalmente estruturantes, estipula a configuração e disposição organizacional do Estado e do governo, estabelece as atribuições e competências constitucionais dos órgãos de direção política, e determina os princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das tomadas de decisões pelos órgãos político-constitucionais.¹⁷ Assim, a Constituição versa sobre as feições e meio de construção e exprime o poder como instrumento de vontade e decisão, é uma expressão normativa das forças políticas e sociais e estabelece medidas e fins ao processo político.

É fato que a política e o direito estão mais próximos; inclusive, a discussão em torno da judicialização da política cresce dia após dia e acrescenta

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 17. Nas suas palavras: “A discricionariedade administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso de ausência de indicação explícita do pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos. Pode residir no comando da norma, quando nele se inculca ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se se pratica ou se não pratica dado ato e em que momento o faz ou mediante que forma jurídica o revestirá ou, ainda, que ato pratica diante daquelas situações fáticas. Finalmente, pode residir na finalidade da norma, pois, como ela serve de diretriz para a inteligência dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor – como deveras o é – e se os valores não são unissignificativos, a fluidez da finalidade reflui sobre o pressuposto de fato.”

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 48.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1081-1082.

novos estudos dedicados a discutir esta questão.¹⁸ Um dos fatores apontados como justificativa para explicar o maior entrelaçamento entre política e direito se deve ao processo de expansão da democracia como forma de governo predominante nos países. Com isso, os componentes básicos de articulação do processo democrático ganham destaque nos textos constitucionais. Há uma verdadeira interação da ordem política com todos os elementos que tomam parte na Constituição.

O controle do poder político não é de fácil realização, a dinâmica política é avessa ao controle e restrição, contudo para assegurar as pessoas em relação ao arbítrio das autoridades surgiram as primeiras doutrinas sobre o tema e toda a construção do Estado de Direito, culminando hodiernamente no Estado democrático de direito que prima pelo aperfeiçoamento das instituições políticas em torno da democracia formal e substancial, bem como pelo aprimoramento e garantia das prerrogativas do Estado de direito e do Estado social. O Estado democrático de direito demanda o controle recíproco entre os poderes estatais e sobre seus agentes e também o controle exercido pela sociedade com vistas a fiscalizar as instituições políticas e seus agentes, responsáveis pela concretização dos objetivos, metas e finalidades consignados na ordem constitucional.

A atividade controladora do poder pela jurisdição envolve: a) o controle de constitucionalidade da ação estatal; b) o controle de conformidade dos atos governamentais com a Constituição (legalidade compreendida em seu sentido amplo) – voltado à função de governo e da administração, bem como da omissão estatal.

Os atos governamentais concretizam em grande escala os comandos constitucionais, por isso torna-se necessário o estabelecimento de técnicas de controle de conformidade destes atos com relação à Constituição, pois este controle também alcança a omissão da administração e do governo e o poder normativo secundário.

De acordo com Oswaldo Luiz Palu, o controle de conformidade constitucional ou de suprallegalidade ou de

legitimidade funda-se em princípios constitucionais que constroem o governo e a burocracia e atuar em conformidade com a constituição e tem como consequência as *injunctions*, isto é, determinações de obrigação de fazer ou não fazer ao agente estatal, além da nulidade dos atos desconformes. Assim, entende que o controle de conformidade dos atos estatais à constituição é mais abrangente que o controle de legalidade, é requer a conformidade dos atos de governo, administrativos e normativos secundários as determinações constitucionais. A relevância particular desse controle reside principalmente na tutela dos direitos fundamentais, materializados sob a ótica metaindividual, na via da ação civil pública.¹⁹

A proporção em que a vinculação dos atos de governo for mais tênue, mais intensa será a sua conexão com a constituição, nomeadamente com os direitos, liberdades e garantias. Deste modo, quando a administração pratica atos no exercício de um poder discricionário, está obrigada a agir conforme com os direitos, liberdades e garantias, à constituição e ao Direito. Tais direitos são parâmetros imediatos que vinculam o poder discricionário da administração e a violação dos mesmos pode originar a invalidade dos atos administrativos.

O controle de conformidade atinge os atos da função governamental-normativa não retratados em leis (ações e omissões, formulações de políticas públicas, decisões orçamentárias) e os atos do poder regulamentador não consubstanciados diretamente em lei, trata-se de um controle de legalidade ampliado. É um controle casuístico e difuso, não é um controle abstrato. Em relação à função de governo, este controle refere-se à omissão, que permite a jurisdição emitir ordenação de agir, isto é, condenação consubstanciada em obrigações de fazer, de não fazer e de dar (*injunctions*) ou anulação de atos.²⁰

Uma vez apresentada as justificativas de um controle de conformidade dos atos de governo e

¹⁸ Cf. FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 156/159.

²⁰ PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 177.

administrativos à constituição, abordar-se-á a questão do controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil.

Uma pergunta que envolve a matéria consiste em saber diante de quais situações autoriza-se o controle jurisdicional das políticas públicas?

Segundo o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, relator da ADPF n. 45/2004, a resposta a tal indagação reside naqueles casos em que o Poder Legislativo ou o Executivo agirem de modo irrazoável ou com manifesta intenção de inviabilizar ou comprometer a eficácia dos direitos sociais e com essa postura atingir “como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais a própria sobrevivência do indivíduo.”

Cumpra esclarecer que por políticas públicas entendem-se as ações estratégicas (de instituições ou pessoas de direito público) que visam a atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública. Tais ações são marcadas por níveis elevados de racionalidade programática, caracterizados por medidas organizacionais e de planejamento.²¹

As políticas públicas constitucionais vinculantes são as ações que a constituição atribui aos Poderes estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, tendo em vista os níveis compartilhados de responsabilidade pró-ativa e de imediata implementação por parte dos poderes instituídos entre os entes federativos e a cidadania que permeia a matéria. Tais como as disposições previstas no art. 5º, XXXIV, XLVIII, XLIX, L, LV; art. 23, 170, 194, 196 e 197, 201, da Constituição brasileira de 1988, para todos estes casos existe a necessidade de produzir políticas públicas concretizadoras, operadas em níveis diferenciados de efetivação, como por exemplo: criação, constituição formal, execução e avaliação das ações

²¹ LEAL, Rogério Gesta. “O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157-178.

indispensáveis, contando com a participação máxima da comunidade. As políticas públicas vinculantes independem da vontade ou discricionariedade estatal para acontecerem, pois condizem com direitos indisponíveis de maior relevância e emergência comunitária, exigindo materialização imediata.²²

Na República, tendo em vista as competências constitucionais das entidades federativas, em suas dimensões prestacionais em face dos direitos e garantia sociais, as funções institucionais específicas do Estado (legislativas, executivas e judiciais) condicionam-se ao cumprimento não facultativo do que lhes foi estabelecido, sob pena de fazê-lo coativamente, inclusive com a possibilidade de aplicar o dispositivo do art. 37, par. 6º da Constituição brasileira de 1988, de exigir que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público respondam pelos danos que seus agentes, nessa qualidade provocarem a terceiros.

A dificuldade reside em saber a medida e a intensidade da intervenção judicial neste âmbito.

A dimensão de Estado democrático de Direito passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos comportamentos institucionais e novos instrumentos políticos de participação que expandam a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea.

Algumas objeções são suscitadas, especialmente pelos norte-americanos, em relação à intervenção do Poder Judiciário nas questões relacionadas ao cotidiano do Poder Executivo e do Legislativo que são representantes legítimos da soberania popular. Contudo, essa preocupação não tem fundamento real porque a nossa democracia estrutura-se na idéia de participação política social por meios institucionais e não-institucionais.

O Poder Judiciário não tem o condão de fazer políticas públicas, mas pode e deve assegurar que as escolhas públicas já tomadas e inseridas na constituição, que demarcam os objetivos e finalidades da República Federativa sejam cumpridas. Porém, sem perder de vista que as políticas públicas relacionadas a concretização das

²² LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 168.

prestações sociais são de caráter coletivo e universais na sua configuração, deste modo, a atuação do Judiciário deve ser cautelosa para não tornar individual o que na sua essência foi estruturado como coletivo, ou seja, quando ressaltamos a sindicabilidade das prestações sociais o fazemos acentuando seu caráter universalizante como o elemento prioritário, embora não exclusivo, posto que este melhor reflete os compromissos fixados na Constituição brasileira de 1988.

A visão de que os limites da ação do Poder Judiciário são impostos pela reserva do possível também não se sustenta na sua integralidade, porque não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação descumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não em termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face de sua não disponibilidade. Por isso, a cláusula da reserva do possível só se justifica quando aferida em face de motivo razoável que desculpe a autoridade, de forma fundamentada e ampla, em processo próprio, com transparência e contraditório, faça a prova de impossibilidade de cumprir com o estabelecido.

O Poder Executivo não somente executa as normas legislativas sobre direitos sociais. Ele cria as próprias políticas e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais. Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos Estados ou dos Municípios e, parcialmente também, da não-execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.

Segundo Andréas Krell, a essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar com o intuito de realizar a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal e são limitadas pelas normas programáticas constitucionais. Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses

fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos.²³

As políticas públicas constitucionais vinculantes garantem a sociedade civil como um todo ou aos particulares sujeitos de direitos (em condições excepcionais e sujeitas a ponderação), o direito subjetivo público de serem protegidos contra a ameaça ou lesão, utilizando todos os remédios jurisdicionais pertinentes, tendo em vista que a constituição outorgou aos objetivos, finalidades e direitos e garantias fundamentais à condição de títulos executivos de obrigação infungível de fazer do Estado, como espaço jurídico da processualidade, com a acolhida em seu âmago da efetividade destes direitos.

O caso concreto possibilitará a concretização material do controle jurisdicional pelo não cumprimento daquelas políticas públicas. Para isso disporá dos meios de prova indispensáveis para aferir culpa e dano, com a aplicação de regras dogmáticas especiais (p.ex. cálculos periciais), como contar com utilização de princípios informativos de ponderação, da subsidiariedade etc.

6. A eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais e o problema da escassez de recursos

Uma das razões da necessidade do Direito resulta da escassez relativa aos bens, que exige critérios de repartição, que não são os que derivam das regras de economia, mas sim aqueles que supõem razões morais que são assumidas pelo poder e trasladadas a organização da vida social. A escassez amplia sua incidência sobre o jurídico, estendendo-a a dimensões de validade, de justificação da existência mesma do Direito, como também as dimensões de justiça e de eficácia.

Os problemas que relacionam escassez e direitos fundamentais centram-se principalmente no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais e não afetam de forma equivalente e direta aos direitos civis e políticos, porque o problema coloca-se em relação às carências de bens de muitos indivíduos, ainda que indiretamente essas

²³ KRELL, Andréas J. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

carências e essas insatisfações possam afetar a uma utilização insuficiente ou inadequada dos direitos civis e políticos, por falta de capacidade de seus titulares.

A discussão da problemática da escassez e os direitos fundamentais assume contornos relacionados a própria questão da justiça. Neste sentido, indaga-se se a escassez de bens ou a necessidade sem satisfação, as carências de muitas pessoas, pode ser resolvida com a intervenção do Direito na forma de direitos fundamentais ou não? Se cabe recorrer as razões clássicas para que a escassez dê lugar a aparição do Direito como forma de distribuição, para evitar violência e gerar segurança? Se é razoável estender a funções de redistribuição, substituindo ao indivíduo, para proporcionar-lhe desde fora, através do Direito, instrumentos para sair das carências com a satisfação de necessidades básicas, radicais, de manutenção ou de melhora?

Gregório Peces-Barba responde afirmativamente a tais questionamentos e sustenta que essa escassez e essas carências supõem: a) Um impedimento para que as pessoas que se encontram nessa situação desenvolvam plenamente os elementos que constituem a condição, capacidade do uso da razão humana construindo conceitos gerais, capacidade de eleição para decidir livremente seus planos de vida e concretizar suas idéias sobre o bem ou sobre a virtude, sua capacidade comunicativa para dialogar com os outros e para a transmissão oral ou escrita de sua própria semente de criação; b) Um impedimento para que possam usar em plenitude suas liberdades individuais e seus direitos civis e políticos, e ser, por conseguinte cidadãos que participam da vida comum e sejam capazes de entender em todas as suas dimensões o interesse geral. E é para afrontar esses problemas que se constrói um modelo político de Estado social e se ampliam às funções do Direito em uma nova função promocional, que gera obrigações positivas gerais, porém não exclusivamente dos poderes públicos.²⁴

Segundo Amartya Sen, questiona-se o paradigma econômico que crê que todos os homens são apenas seres

que competem na esfera do mercado, sendo certo que também são seres que cooperam como membros iguais de uma comunidade política. Acentua Sen a idéia de liberdade positiva, como inseparável da liberdade negativa, sendo este um ponto de partida para um uso dos direitos fundamentais como elementos retificadores da desigualdade, da escassez e da pobreza. Outro ponto de vista de Sen importante é que a causa de sua reflexão está no fato da pobreza que considera que a intervenção do Direito para conseguir uma igualdade na capacidade básica, ainda não esconde a dificuldade de estabelecer um índice dos grupos de capacidades básicas. Esta liberdade positiva e sua consecução da igualdade em capacidades básicas se conectam com a idéia de funcionamento e dignidade de uma pessoa, com dimensões mais elementares como a correta nutrição, a boa saúde, a moradia decente e outras mais como a instrução adequada, o estar socialmente integrado, dentre outras, daí se chega a liberdade de optar entre diversos tipos de vida, já que com isso consiste a capacidade de uma pessoa.²⁵

O passo significativo é que aparecem desde a perspectiva econômica aliados para a liberdade positiva e para o Estado social, a legitimar os direitos econômicos, sociais e culturais como causa dessa liberdade positiva, desde uma reflexão ética da economia, que se separa dos fins da criação de riqueza, como fins exclusivos, para abrir-se a outros fins de independência ou autonomia moral do homem. A esses efeitos a escassez se converte em motivo de ação para resolver necessidades básicas através dos direitos.

A relação entre escassez e direitos fundamentais é antes de tudo um problema de eficácia. A questão não se relaciona diretamente com os direitos civis e políticos que criam um *status* protetor para a livre ação dos particulares no primeiro caso, ou para a ação comum e participação nas ações coletivas. Nesses âmbitos a escassez é reduzida. Contudo, um dos argumentos centrais a favor da redistribuição é que as pessoas que padecem da escassez e não tem as necessidades básicas cobertas carecem da capacidade plena para usar e desfrutar dos direitos civis e políticos. Este argumento é reconhecido pelos adversários

²⁴ SAUCA, José Maria Sauca (org.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas; Universidad Carlos II de Madrid; Boletín Oficial de Estado, 1994, p. 198-199.

²⁵ SEN, Amartya. *Resources, values and development*. Oxford: Blackwell, 1984, p. 122 ss.

quando sustentam que o direito de propriedade é básico, ainda que aceitem que o fato de que a escassez impeça a generalização desta, e ainda muito mais quando sustentam que só os proprietários, os que têm um nível de instrução e inclusive quem não estão obrigados a vender sua força de trabalho, estão capacitados como titulares de direitos.

A liberdade, valor central e raiz dos direitos humanos, têm três dimensões: protetora, participativa e promocional ou prestacional. As duas primeiras justificam os direitos individuais, civis e políticos e a terceira os direitos econômicos, sociais e culturais e são o instrumento adequado para afrontar o tema da escassez e a satisfação das necessidades. Estes direitos são instrumentos para capacitar a pessoa para que possa atuar, mesmo que os outros grupos permitam e protejam a atuação, porém não se incide sobre o funcionamento de uma pessoa. Os adversários desta tese se movem numa contradição insuperável ao sustentar ao mesmo tempo em que todos os homens nascem e permanecem livres em direitos e ao negar as ações positivas necessárias para converter essa afirmação em real e efetiva.

O que há de correto no argumento dos inimigos da justiça distributiva em forma de direitos é que neste âmbito são relevantes as condições econômicas ou os meios e os instrumentos com conteúdo econômicos necessários para levar adiante muitos desses direitos. Precisamente tem como função canalizar a ação positiva dos poderes públicos para intervir na realidade econômica redistribuindo os meios escassos. Assim a escassez se converte em razão para que o direito exista, em possível causa de que alguns direitos não podem existir na realidade, não possam ser eficazes. O possível paradoxo da escassez consiste em que esse direito que potencia a necessidade histórica do Direito objetivo pode ser uma razão central para a impossibilidade de alguns direitos.²⁶

Em que sentido é aqui relevante à escassez como limite dos direitos e que repercussão tem esse problema na teoria dos mesmos?

Em relação aos direitos individuais, civis e políticos não cabe a discriminação por razões econômicas e todos os homens e os cidadãos são titulares desses direitos. Em relação com os direitos econômicos, sociais e

culturais, estes só poderão se afirmar plenamente quando situações de escassez ou de carência não impeçam o fato que o direito afetado seja atribuível a todos, sem discriminação. No primeiro caso o tema se coloca no âmbito da justiça e da moralidade, porque seria injusto e imoral que fatos econômicos pudessem ser alegados como argumentos de dever ser para excluir do exercício de direitos. No segundo caso o problema se coloca no âmbito da eficácia, se a carência impede que todos sejam titulares. Certamente que essa carência não frustraria que algumas dessas pretensões subjetivas sejam Direitos, porém que o sejam na categoria de direitos fundamentais.

Este argumento serve para todos aqueles direitos que repousem na existência de bens, se a escassez impede que tenham o traço da generalidade que caracteriza aos titulares dos mesmos. Quando a realidade escassa tornar possível um conteúdo igualitário, acessível a todos, podemos estar em uma categoria jurídica, de um direito subjetivo, porém não em um direito fundamental em qualquer das suas formas (direito subjetivo, liberdade, potestade e imunidade).

Para melhor compreender as dificuldades relativas a escassez e os direitos sociais é preciso enfrentar as questões: Escassez em que sentido e de que? Que aspectos de que direitos? A noção de escassez diz respeito a um conjunto de exigências e de restrições. Nada é escasso sem restrições, e restrições existem de muitos tipos: de recursos materiais e derivadas do puro passar de um tempo irreversível, da ausência de comunicação, de dificuldades de coordenação ou simplesmente da impossibilidade lógica de satisfazer vários requisitos simultaneamente.

Diante do fato de que existem restrições, perdura o enigma de saber como arbitrar entre objetivos múltiplos cujo cumprimento simultâneo torna-se complicado? Ainda a conjecturar que um direito pudesse ser garantido plenamente, isto muitas vezes não iria ocorrer em detrimento da satisfação de outros? E, em tal caso, como escolher entre eles? Neste caso realmente o problema existe? Não deveriam ser os direitos fundamentais mutuamente compatíveis e complementares?

Segundo Salvador Barberá, frente ao caráter inevitável de certas restrições uma atitude possível

²⁶ SAUCA, José Maria Sauca (org.). *Op. Cit.*, p. 208.

consiste em renunciar a alguns dos axiomas em benefício de outros. Se pensar que ditos axiomas, ou ao menos alguns deles, poderiam refletir a satisfação de direitos, isto equivaleria a renunciar a algum direito para garantir que outros possam satisfazer-se. Esta postura equivalente a ordenar os distintos requisitos é a que parece manter-se na maioria dos debates, por exemplo, entre distintos tipos de igualdade, e é a única possível se os direitos ou outros requisitos venham definidos em termos absolutos. Se vários requisitos só podem dar-se ou não, e são incompatíveis entre si, algum tem que ceder. Porém ao se admitir que existam diversos graus de cumprimento possíveis para cada um dos direitos poder-se-á matizar muito mais. Acaso a satisfação absoluta e simultânea de todos eles não possa lograr-se, porém se poderá estudar que combinações de níveis são mutuamente compatíveis e explicitar as diversas arbitragens possíveis, frente às restrições, entre ditos objetivos.²⁷

Aumentos no número de opções abertas que não comportam melhoras qualitativas podem significar pouco desde o ponto de vista da liberdade. Aumentos de renda que não permitam alterar qualitativamente a composição do consumo podem ajudar a viver melhor, porém podem não representar mudanças importantes na liberdade de uma pessoa. As restrições pressupostas não permitem o consumo de todo tipo de bens: dão lugar a soluções de esquina, no que o consumo de determinados bens é zero. Isto unido à descontinuidade de certos bens, que só podem ser consumidos a certos níveis não divisíveis, pode fazer que determinadas mudanças qualitativas requeiram saltos quantitativos não graduais. O caráter dinâmico da liberdade, combinada com a idéia de que esta não é absoluta, mas relativa, permite apontar a importância, deste e de todos os demais direitos, de recordar que o que hoje podem ser níveis aceitáveis para estes, podem deixar de sê-lo por um passo de tempo, porque seu próprio desfrute pode alterar nossas valorações deles e criar novas necessidades. Este aspecto dinâmico, que introduz exigências continuadas, reforça a importância de definir cada direito ou cada objetivo em termos absolutos, senão por seus níveis de satisfação.²⁸

²⁷ SAUCA, José Maria Sauca (org.). *Op. Cit.*, p. 220.

²⁸ *Idem. Ibidem*, p. 225.

Assim, Salvador Barberá sustenta uma posição relativista, porém com mínimos sociais. Defende razões para abandonar posturas absolutas em relação a qualquer objetivo concreto que se formule com respeito a formas alternativas de organização social, e em favor de definir graus de cumprimento de cada um, incluídos os de satisfação de distintos direitos, o que permitiria arbitrar entre uns e outros em cada momento ou inclusive discutir as possibilidades de ir aumentando as cotas de satisfação de distintos direitos com o passar do tempo. Uma das dimensões empregadas como exemplo é a da necessidade de eleger entre igualdade, em distintas formas, contrapondo a necessidade de eleger entre igualdades absolutas em uma delas, ao preço quase já em outras. Porém flexibiliza a posição relativista aceitando a existência de mínimos absolutos, em relação aos quais a defesa das liberdades e demais direitos deveriam adquirir prioridade total, porque deixam de entrar em conflito. Se a desigualdade é um conceito relativo, e assim devem interpretar-se os distintos índices que procuram lhe medir, a pobreza é uma categoria que, ainda mutante em sua definição segundo épocas e sociedades, temem cada uma um sentido absoluto.²⁹

A posição relativista no tratamento dos graus de cumprimento de uns direitos frente a outros, e em relação inclusive com outros objetivos como o crescimento e a eficiência, só pode sustentar-se em sociedades onde as cotas mínimas de satisfação de direitos estejam garantidas. Só uma vez solucionadas as situações de pobreza desesperada podem-se partir para políticas redistributivas sofisticadas. Só depois de garantidos direitos elementares pode-se permitir refinamentos acerca de quais deve ser mais satisfeitos que outros, e em que graus.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionarietà e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição* Coimbra: Coimbra, 1991.

²⁹ *Idem. Ibidem*, p. 226

- _____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1081-1082.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A Judicialização da Política**. Publicado no *Público* em 26 de Maio de 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. (org.) *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SAUCA, José Maria Sauca (org.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas; Universidad Carlos II de Madrid; Boletín Oficial de Estado, 1994.
- SEN, Amartya. *Resources, values and development*. Oxford: Blackwell, 1984.
- VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. *The global expansion of Judicial Power: The Judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.

PARCEIRIA PÚBLICO-PRIVADA NO SETOR POSTAL BRASILEIRO

A. Saddy¹

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Desenvolvimento postal; 2. A necessidade de mudança do setor postal brasileiro; 3. Viabilidade das parcerias no setor postal brasileiro; 4. PPP no setor postal brasileiro; Conclusões*

RESUMO: *Sob o contexto da Reforma do Estado Brasileiro, iniciada na década de 90, que decorreu da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, iniciou-se uma série de medidas por parte do Poder Público para sanar tal incapacidade. As chamadas Parcerias Público-Privadas, que visam precipuamente realizar investimentos substanciais para diminuir a brecha que existe entre a demanda de serviços de infraestrutura e a capacidade para provê-los, é uma dessas medidas. Abordaremos, nesse trabalho, a adoção do mecanismo das Parcerias Público-Privadas, como discricionariedade estatal, o que permitirá incrementar a colaboração do setor privado na prestação de serviços postais.*

Introdução

A transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração, denomina-se descentralização que pode ser territorial, que encerra a transferência de funções de uma pessoa federativa a outra, ou também do poder central a coletividade local, ou institucional, que representa a transferência do serviço do poder central a uma pessoa jurídica própria, de caráter administrativo, nunca de cunho político. Pode, ainda, ser legal, ou seja, formalizada através de lei (art. 37, XIX, da CF/88), ou negocial, porque sua instituição se efetiva através de negócios jurídicos regradados basicamente pelo direito público (p. ex., concessão e permissão do serviço público).

¹ Mestrando em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Especialista em Regulação e Concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professor da disciplina “Direito Econômico e Regulatório” da pós graduação/educação continuada em Direito organizado pela FGV DIREITO RIO, Consultor da MethoIus Consultoria Jurídica Internacional.

Hoje, o Estado vem adotando “novas” formas de prestação dos serviços públicos, quais sejam, a privatização, a gestão associada, o regime de parceria, ..., tudo como forma de modernização, já que suas antigas fórmulas vinham indicando que o Estado envelhecia.

Tendo, portanto, a atividade espaço para exploração privada, e sendo sabido que o Brasil precisa realizar investimentos substanciais para diminuir a brecha que existe entre a demanda de serviços de infra-estrutura e a capacidade para provê-los, além de estarmos situados num contexto de fortes restrições fiscais com que o Estado deve operar no nosso país, tornou-se imprescindível à busca e a adoção de mecanismos que permitam incrementar a colaboração do setor privado na prestação de tais serviços.

Usualmente, e já bastante difundido, o termo parceria, após a reforma do Estado, vem sendo utilizado pela Administração Pública na forma de concessão, permissão ou autorização principalmente, existindo outras formas de prestação, tais como a terceirização, a franquia, os acordos de programa, termos de parceria, contrato de gestão, sem falar nos convênios e consórcios².

Ocorre que, a maioria desses regimes pressupõem que o investimento seja amortizado pela cobrança de tarifas dos usuários/consumidores finais dos serviços.

Assim, por vir o Estado se mostrando incapaz de atrair investimentos para projetos pouco rentáveis ou que tenham um alto risco de mercado e tendo este que buscar mecanismos que solucionem tais problemas, surgiu no Brasil à idéia da Parceria Público-Privada (PPP).

As Parcerias Público-Privadas já são utilizadas por diversos países³ para obter mais recursos a serem

² Nesse contexto, Jorge Antônio Bozoti Pasin e Luiz Ferreira Xavier Borges (PASIN, Jorge Antônio Bozoti. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público – privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003, p. 188) afirmam que: “Já foi identificado um receio de que, uma vez implementada uma regulamentação de PPP, todas as concessões de serviços públicos só atrairiam interessados privados nessas bases, esvaziando as demais formas, sem garantias do Estado”.

³ Países como a Bélgica, Portugal, Alemanha, algumas províncias canadenses, Espanha, Finlândia, Japão,

investidos na implantação ou ampliação de obras e serviços de interesse da sociedade, ou para prestar serviços à Administração. Estas surgiram no Reino Unido (Public Private Partnerships), para fomentar investimentos privados diante de um cenário de recursos públicos escassos, fruto da evolução de um programa governamental de incentivo ao investimento no setor público – o Private Finance Initiative (PFI).

Tendo em vista o déficit em infra-estrutura e serviços públicos no Brasil, e em contraposição a falta de recursos públicos disponíveis para o investimento nessas áreas, foi a União despertada pelo sucesso da experiência internacional, em outubro de 2003, colocando para consulta pública, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, um projeto de lei, que depois veio a ganhar o n.º 2.546/2003, tratando do conceito e dos princípios do contrato da PPP⁴. Esse Projeto de Lei veio a ser aprovado e sancionado em 30 de dezembro de 2004, dando origem à Lei n.º 11.079, que instituiu normas gerais para a licitação e a contratação de Parceria Público-Privada, no âmbito da Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tem tal Lei o intuito de redefinir a forma de relacionamento entre o Estado e as empresas privadas, para fins de prestação de serviços públicos, e recuperar, desse modo, a capacidade do Estado planejar e orientar o setor privado em seus investimentos nos setores de transporte, saneamento, energia elétrica, habitação, comunicação, etc.

1. Desenvolvimento postal

Desde que um grupo organizado de homens obteve o controle sobre um território maior do que a sua aldeia surgiu a procura por formas de comunicação entre os indivíduos situados em pontos diversos.

Antes do desenvolvimento da escrita, as mensagens eram apenas verbais, gravadas na memória

Noruega, Suécia, Holanda e Irlanda, ou já tem contratos de PPP em atividade ou estão em fase avançada de discussão para sua introdução, todos baseando-se no modelo surgido inicialmente na Inglaterra, porém adaptado às características peculiares de cada país.

⁴ De acordo com o comunicado EM nº 355/2003/MP/MF, datado do dia 10 de novembro de 2003, foi enviado ao Presidente da República, o Projeto de Lei sobre PPP.

dos mensageiros. Posteriormente, passaram a contar com símbolos, fosse para auxiliar a memória dos mensageiros, ou para significar idéias previamente convencionadas. Após o advento da escrita, o serviço postal cresceu em importância⁵; na antiguidade, porém, tais serviços padeciam de um grave problema. Constituíam-se em um serviço organizado pelo Estado, para uso quase exclusivo do soberano e do seu aparato estatal. Assim, ao homem comum era quase impossível o seu acesso.

Isto começou a mudar, na Europa, no início do século XVI, fruto da grande corrente de renovação que sacudiu o continente. A principal transformação foi a maior acessibilidade aos serviços, ao menos, a quem pudesse pagar as tarifas relativamente caras.

No entanto, apenas a partir do séc. XIX, pode-se dizer que a maioria dos países europeus tiveram os seus correios “universalizados”⁶.

Nesse contexto, historicamente, a atividade postal foi estruturada em todos os países, sob a forma de prestação direta ou indireta pelo próprio Estado, oferecendo serviços à sociedade em um regime de monopólio, o qual constituía obstáculo à atuação de empresas privadas no mercado.

⁵ As primeiras redes postais foram estabelecidas na China e na Pérsia. Posteriormente o Império Romano dispôs de uma sofisticada rede postal. In: VERDEGAY, E. e FISCOWICH, E. Historia del correo desde sus orígenes hasta nuestros días. París-Valencia: Facsímil, 1894, p. 35-61.

⁶ Isso, basicamente, por três motivos. Em primeiro lugar, os países europeus cassaram todas as licenças dadas a particulares durante os séculos anteriores e das quais a mais famosa era a da família Von Taxis, na Alemanha, e transformaram os correios em um serviço público estatal, para servir a todos os cidadãos e não apenas ao Estado, como na antiguidade. O segundo evento que contribuiu para a melhoria dos serviços de correios foi a invenção do selo postal. Até então as remessas custavam caro e, na maior parte dos países, deviam ser pagas pelo destinatário. É de se imaginar quantas cartas não eram entregues por falta de pagamento. Um terceiro motivo para o rápido desenvolvimento dos correios no século XIX foi a fundação da União Postal Universal - UPU, em 9 de outubro de 1874, pelo Tratado de Berna, Suíça. A UPU passou a estabelecer regras para o funcionamento internacional dos correios e apoiar o desenvolvimento interno dos serviços dos países associados (vide www.upu.org e www.upaep.com.uy).

Em função da ausência de desafios de mercado, os correios do mundo operaram por muito tempo sem grande ênfase nas necessidades de seus clientes.

Tal situação perdurou até meados do século XX, durante os quais os correios tiveram a garantia de que suas atividades não estavam – nem deveriam estar – sujeitas a qualquer forma de competição, em um ambiente de estabilidade mercadológica e tecnológica.

No mundo do séc. XX, ao final da década de 60 e início da década de 70, começaram a surgir empresas privadas⁷ oferecendo o serviço de transporte de documentos e mercadorias com atributos de qualidade sensivelmente superiores aos serviços tradicionais das administrações oficiais de correios, dando início à competição no setor, ainda que restrita a serviços mais sofisticados⁸.

Com o passar do tempo, as tecnologias avançaram, possibilitando assim a expansão dos serviços internacionais para os mercados nacionais, representando uma ameaça direta aos monopólios postais⁹.

Dessa maneira, em reação à atuação dos operadores privados, os correios estatais foram obrigados a adotar uma nova estratégia na qual o cliente ganhou mais destaque, exigindo uma organização postal mais moderna e orientada para os desejos das pessoas. Tudo com maior flexibilidade administrativa para enfrentar os desafios da demanda crescente em um ambiente cada vez mais competitivo.

Com o transcorrer do tempo e o fim da guerra fria, a atividade postal passou a receber novo enfoque. O setor assumiu o papel vital de infra-estrutura para transações comerciais num mundo em que, freqüentemente, o produtor e o consumidor se encontram

geograficamente distantes. O fornecimento de serviços postais no mundo passou a ser partilhado pelo Estado e pela iniciativa privada.

2. A necessidade de mudança do setor postal brasileiro

Analisado o desenvolvimento postal, cabe verificar o atual diagnóstico do setor postal brasileiro.

Análises prospectivas do Ministério das Comunicações¹⁰ indicam que, o modelo de sucesso da atual Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)¹¹ poderá vir a apresentar problemas, se não forem tomadas as decisões necessárias, não só à manutenção, como, principalmente, à evolução do setor.

É fato que o modelo institucional do setor postal brasileiro, estruturado décadas atrás, vem mantendo seus pilares de sustentação, apesar das intensas mudanças no contexto em que ele se insere. Entretanto, apesar dessa longevidade, tais análises demonstraram que, os condicionamentos vigentes, quando da criação da ECT, não são mais válidos, sendo possível observar alguns sintomas de fadiga, os quais, caso não se realize as reformas necessárias no setor, deverão evoluir para

⁷ Inicialmente as empresas privadas atuaram com uma maior ênfase no serviço internacional.

⁸ É importante destacar que o modelo de exploração da atividade postal estava fortemente baseado no conceito de território nacional, o que fazia com que o limite de mercado coincidissem com o limite geográfico das nações.

⁹ Praticamente, nada do acima exposto ocorreu no Brasil. Algumas empresas privadas atuavam no mercado, mas nenhuma exercia uma competição propriamente dita com o monopólio estatal, ficando o país cada vez mais defasado em relação ao desenvolvimento mundial, e isto porque se tinha uma idéia de segurança nacional envolvendo os correios.

¹⁰ Tais análises foram divulgadas pelo Ministério das Comunicações e encaminhadas por meio da exposição de motivos (EMI nº 89/MC/MF/MOG, de 30 de junho de 1999) do Projeto de Lei nº 1.491/99 ao presidente da república (vide www.mc.gov.br).

¹¹ Em 1967, foi criado o Ministério das Comunicações que, a partir de 1968, recebeu em sua estrutura o Departamento de Correios e Telégrafos – DCT, o qual, em 20 de março de 1969, por meio do Decreto-Lei nº 509, foi transformado na empresa pública denominada Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Essa transformação de departamento para o novo modelo de empresa pública, em que o Estado mantinha sob sua propriedade e controle 100% do capital, permitiu ao serviço postal alcançar um novo patamar de possibilidades de gestão, garantindo-lhe condições essenciais para que ocorresse uma grande transformação no serviço postal brasileiro. Desse modo, a ECT é de acordo com o art. 2.º da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, uma empresa pública, que exerce suas atividades em duas grandes áreas, a saber, a exploração dos serviços postais e de telegrama monopolizados (art. 9.º e 27), bem como serviços outros, não monopolizados (art. 2.º e 7.º), regime de competição.

rompimentos que comprometerão a prestação de serviços postais em todo o território nacional¹².

Aliado a isso, tem-se uma total falta de normatização no setor postal. Atualmente o setor postal está desprovido de disciplinamento atualizado e muitas empresas de *courier* estão atuando no vácuo das leis e/ou burlando o ordenamento jurídico, já que não existe qualquer norma que as regulamente. Por vezes, tal situação coloca os usuários/consumidores, os empresários e até o Poder Público em circunstâncias de pouca ou nenhuma defesa, impondo-lhes condições aviltantes, sem maiores recursos que lhe preservem os interesses mínimos, o que acarreta uma total falta de segurança jurídica.

Assim, tendo em vista a necessidade de mudança e de normatização do setor postal¹³, o Ministério das

Comunicações, em 8 de dezembro de 1997, por meio da Portaria n.º 778, criou o Programa da Reforma Estrutural do Setor Postal Brasileiro com o propósito de propor um novo modelo regulamentar e institucional para o setor, bem como a modernização organizacional e comercial da ECT.

Seu objetivo foi o de empreender um programa de reformas amplo, envolvendo cinco pontos que constituem os pilares de organização do setor¹⁴.

Dentre os pontos, destacamos a Reforma Regulamentar, que culminou na elaboração do Projeto de Lei Postal (Projeto n.º 1.491/99), que importando muitas das definições do “Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais” (1992)¹⁵, criou

¹² Isto porque a indústria brasileira e mundial de serviço postal vivencia importantes mudanças estruturais decorrentes de uma série de fatos, tais como: mudanças nos meios tecnológicos; competição direta e, sobretudo tecnológica; uma maior exigência dos usuários quanto ao serviço prestado; o contexto político e econômico; o tráfego postal; a diversificação de segmentos postais; entre outras. De acordo com a análise, a convergência de todos esses fatores não é suportada pelo Modelo Institucional existente.

¹³ Este na verdade é o diagnóstico do setor postal. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO entende que o planejamento possui duas etapas: o diagnóstico, que detectar as carências e anseios da sociedade; e o prognóstico, que é o desenvolvimento das ações. Por ser o planejamento imperativo para o Poder Público e indicativo para a iniciativa privada, esta o Poder Público obrigado a planejar indicando quais os setores e regiões indispensáveis ao atendimento do bem estar geral e a partir daí implementar os planos. Quando planeja o Estado esta anunciando uma conduta e a iniciativa privada toma ciência de que o setor pode sofrer a influência da intervenção (negativa ou positiva). Assim, uma vez previsto o plano, identificado as regiões e os setores que necessitam ser estimulados, para o alcance do bem estar geral por meio do desenvolvimento econômico, o passo seguinte é abri oportunidades para a iniciativa privada, e não montar uma estrutura para o atendimento desses setores ou regiões. Afirma o autor: “*Os atos interventivos devem estar calcados no planejamento e este, por sua vez, deve refletir a vontade popular sufragada nas urnas com base no programa partidário, por meio do qual o Chefe do Poder Executivo é eleito e elabora seu plano de governo (CF, art. 14, § 3º, V, c/c 84, VI e XI). O planejamento visa, pois, dar organicidade à intervenção, tornada esta atividade vinculada. Fundamental se faz lembrar que o papel do Estado no Direito Moderno é estimular o desenvolvimento da sociedade, observado o*

princípio da livre iniciativa, cabendo ao Estado zelar para que esse desenvolvimento ocorra, ainda que ele próprio tenha que exercer as ações consideradas indispensáveis a tal fim” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.16).

¹⁴ Reforma regulamentar, organizacional, comercial, tecnológica e banco postal.

¹⁵ O processo de reforma dos mercados postais europeus começou formalmente com a publicação pela Comissão Européia de seu “Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais” (COM (91) 476 final, Bruxelas, 11 de junho de 1992). Este livro corresponde a um estudo completo sobre o setor postal da Comunidade Européia, com um excelente nível técnico e ricas informações, trazendo apontamentos sobre as dificuldades de se implantar um mercado único, já que cada Estado-membro possui problemas vinculados basicamente a regras de funcionamento, valores e prazos diferenciados, levando a se propor uma série de medidas, descartadas as hipóteses extremas de liberalização completa do setor (que implicaria no desaparecimento do serviço postal universal) e uma harmonização completa do mesmo (que requeria a criação de um organismo centralizado a nível comunitário responsabilizado pelos serviços postais). Desse modo, o Livro Verde orienta para a realização de uma harmonização parcial para satisfazer os objetivos básicos, que seriam a garantia de um serviço postal universal com conteúdo equiparados para todos os Estados-membros, e uma vez assegurado o serviço universal, se liberaria de forma progressiva e controla o setor para que o usuário tenha um poder de eleição de seu prestador de serviço maior.

Fruto do debate público gerado pelo “Livro Verde”, e como resumo do mesmo, a Comissão Européia publicou uma Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu com “linhas diretivas para o desenvolvimento dos serviços postais comunitários” (COM (93) 247, 1993). O parlamento Europeu emitiu sua resolução a respeito da análise da Comissão no dia 22 de janeiro de 1993

um novo contexto legal, abrangendo o mercado como um todo, em seus diferentes componentes: serviços, clientes, operador público, operadores privados e organismo regulador¹⁶.

(Resolução do Parlamento Europeu de 22 de janeiro de 1993, relativa ao “Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais”. DOCE C 42/240, de 15 de fevereiro de 1993). O Conselho emitiu sua opinião a respeito mediante a Resolução de 07 de fevereiro de 1994 (Resolução do Conselho de 07 de fevereiro de 1994, relativa ao desenvolvimento dos serviços postais comunitários. DOCE C 48/3, de 16 de fevereiro de 1994).

Como consequência de todo procedimento descrito, acrescido ao cenário de reformulação que o conceito de serviço de interesse econômico geral trouxe, a Comissão Européia iniciou a gênese da diretiva 97/67/CE, em 22 de novembro de 1995 (COM (95) 227 final, DOCE C 322, 2 de dezembro de 1995).

A primeira Diretiva Postal foi adotada em dezembro de 1997 (Diretiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa as normas comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais da Comunidade e a melhoria da qualidade do serviço. DOCE L 15/14, de 21 de janeiro de 1998). Esta diretiva impõem aos Estados-Membros uma harmonização referida a prestação de um serviço universal no interior de toda a comunidade e, por outro lado, determina a abertura, de maneira gradual e progressiva, do mercado postal para competição entre operadores.

Em cumprimento do previsto na Diretiva Postal, a Comissão iniciou em maio de 2000 o procedimento legislativo, a fim de reformar a Diretiva Postal. O procedimento desembocou na adoção da Diretiva 2002/39/CE (Diretiva 2002/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de junho de 2002, que modifica a Diretiva 97/67/CE com o fim de prosseguir a abertura da concorrência dos serviços postais da comunidade. DOCE L 176/21, de 05 de julho de 2002), que modificou seis artigos da Diretiva 97/67/CE, em especial os referidos ao âmbito reservado, as condições de concorrência nos segmentos liberalizados e procedimentos de reclamações por parte dos usuários.

Essa reestruturação dos serviços postais passou a ser uma tendência mundial, irreversível frente à magnífica dimensão deste setor e, naturalmente, à globalização da economia.

¹⁶ Esta reforma apesar de ser a mais almejada, até a presente data não se deu. O que alias, causará problemas para a implantação/viabilização da PPP no setor postal. Afinal, a possibilidade de um novo marco regulatório (PL n.º 1.491/99), bem como, as divergências em torno da natureza jurídica e do monopólio postal, criam incertezas que serão vistos como riscos pelo parceiro privado.

Há de se lembrar que a reestruturação dos serviços postais é uma tendência mundial, irreversível frente à magnífica

Outra reforma também preconizada por tal Portaria, foi a tecnológica, que já vem sendo desenvolvida desde 1995, por ocasião do lançamento do PASTE – Programa de Recuperação e Expansão para o Sistema de Telecomunicações e para o Sistema Postal, que aplicou milhões de reais em diversas plataformas vitais para a ECT, como sistemas de triagem automática, rastreamento de objetos, terminais de carga, containerização, segurança, automação de agências, auto-atendimento, renovação da frota, rede de teleinformática, treinamento e modernização da gestão administrativa.

A maioria dos investimentos foram voltados à recuperação e ampliação da infra-estrutura operacional básica da ECT, válidos em qualquer modelo institucional a desenvolver.

Atualmente a ECT possui 827 centros de operações, quase 98,1 mil trabalhadores¹⁷, aproximadamente 20 mil colaboradores que prestavam serviço indireto, além de possuir quase 12 mil agências de correios, 26 mil caixas de coletas, um pouco mais de 16 mil postos de venda de produtos, 101 mil caixas postais comunitárias, 246 máquinas de auto-atendimento, 741 unidades de tratamento e distribuição, 28 linhas de transporte aéreo, 4357 veículos, 7353 motocicletas, 18.901 bicicletas, 23 diretorias regionais e 153 regiões operacionais, a ECT tem quase a totalidade dos brasileiros como clientes, na condição de remetentes, destinatários ou usuários de serviços¹⁸.

Torna-se imprescindível, portanto, a manutenção, o aprimoramento, a conservação e a expansão dessa logística e dos serviços que a ECT prestam, sejam estes realizados por ela ou por terceiro.

3. Viabilidade das parcerias no setor postal brasileiro

Pode o Estado como forma de administração, de contenção de gastos, de política pública, realizar parcerias com a iniciativa privada, desde que a atividade comporte

dimensão deste setor e, naturalmente, à globalização da economia.

¹⁷ A ECT é a maior empregadora do Brasil.

¹⁸ Dados retirados do site dos correios. Disponível em: www.correios.com.br. Acesso em: 07.01.05.

tal forma. Estamos, portanto, diante de um poder discricionário do Estado.

Assim, por entender, que não existir um monopólio de direito por parte da ECT, e que o serviço postal se caracteriza como serviço público, onde o Estado detém a obrigatoriedade de manter, apenas, o serviço essencial, por força Constitucional (art. 21, inc. X) podendo este ser prestado por meio de empresas estatais ou não, que acreditamos que a iniciativa privada possui um espaço jurídico para a exploração privada de tais serviços, seja através da concessão, da permissão, da autorização, da franquia, da terceirização, da Parceria Público-Privada, entre outras, ficando a baila do Estado a opção (conveniência e oportunidade) por qual melhor se ajusta ao objetivo perseguido¹⁹.

¹⁹ Vale mencionar que o Projeto de Lei Postal (PL nº 1491/99) trata o serviço postal como um serviço público, dispondo inclusive sobre a sua forma de delegação, mediante a concessão, a permissão e a autorização.

De acordo com o Projeto, a futura empresa Correios do Brasil S/A será a única a prestar serviços de correios em regime público, com obrigações de universalidade e continuidade. Todos os demais operadores prestarão serviços em regime privado, sob autorização. Neste ponto, o projeto guarda analogia com a Lei Geral de Telecomunicações.

A concessão tratada no Projeto de Lei Postal será outorgada, depois de licitação, para a prestação de serviços de correios em regime público, remunerados por tarifa, e terá o prazo de 20 anos. Mas os concessionários também poderão prestar serviços em regime privado. A permissão será uma delegação da pretendida Agência Nacional de Serviços de Correios (ANSC) para pessoa física ou jurídica, em caráter transitório, até que se normalize a situação excepcional que motivou o ato. Assim como a concessão, será precedida de licitação, explorada em regime público e terá prazo para acabar: 24 meses, improrrogáveis. Já a autorização, concedida por um ato administrativo da Agência, se destinará à exploração de serviços de correios em regime privado e não terá prazo para acabar.

Afora tais formas, a ECT muito antes do Projeto de Lei postal, por necessidades próprias instituiu a franquia como forma de descentralização. Hoje por demais utilizada pela Administração Pública, por vezes não é recomendável nem cabível, ou porque não detém a marca para dar de uso ou por ser serviço público. Afinal em o sendo, deveria haver delegação do serviço, por um dos institutos acima citados, conforme dispõe o art. 175 da CF/88. Esta pode ser realizada ou na modalidade de concessão ou na modalidade de terceirização. Somos da opinião de que é descabida a realização de licitação para realização de franquia, já que entendemos ser uma forma

Há, assim, espaço jurídico para a exploração privada dos serviços postais, não sendo legítimo que o conceito de serviço público exclua, pelo regime de monopólio, tal atuação. Aliás, a legislação infraconstitucional, já direcionou, deixando claro que o meio de execução dos serviços postais, não se impõe apenas de maneira direta, admitindo a substituição da ECT e até a possibilidade de transferência da prestação do serviço a terceiros para realizá-lo nas condições regulamentares.

O Decreto-lei n.º 509/69, dispõe em seu art. 18:

Art. 18. A ECT procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contratos e convênios, condicionado esse critério aos ditames de interesse público e às conveniências da segurança nacional.

Já a Lei n.º 6.538/78, dispõe no §3.º do seu art. 2.º:

de terceirização. Ressaltamos, contudo que as figuras do art. 175 da Constituição são, talvez, os meios mais adequados para a delegação do serviço, mas não os únicos¹⁹.

Ora, se assim entendemos, por certo que o entendimento sobre a terceirização é o mesmo, afinal já que esta é uma modernidade associada à transferência de atividades-meio da empresa, em busca de maior eficiência, cremos ser totalmente viável que essa forma de gestão seja implantada no setor.

Lembro ainda que o contrato de franquia foi tido ilegal pelo TCU e que a ECT remodelou, depois da proibição do TCU, o conceito de agências de atendimento. Passou a adotar o modelo de permissão, a partir de licitações públicas. As agências nascem dentro de estabelecimentos comerciais ou de serviços que geram grande fluxo de pessoas. É o que os americanos chamam de *store-in-store*, uma tendência do varejo que vem apresentando excelentes resultados no mundo inteiro. É vantajoso para todos os lados, para o dono do ponto representa um ganho adicional, e para a ECT é a oportunidade de crescer sem a necessidade de grandes investimentos.

Pode-se ter também, parcerias que nada mais são que associações entre administração pública e iniciativa privada, que nada mais são que a constituição de *joint-ventures*, acordos operacionais e comerciais para a exploração de mercado específico em que o operador público não detém a tecnologia e a agilidade necessárias para o oferecimento de serviços competitivos, como é o caso do Banco Postal, e cremos poder ser o caso de outras formas de serviço.

§ 3.º A empresa exploradora dos serviços, atendendo a conveniências técnicas e econômicas, e sem prejuízo de suas atribuições e responsabilidades, pode celebrar contratos e convênios objetivando assegurar a prestação dos serviços, mediante autorização do Ministério das Comunicações.

Observados ambos dispositivos, verificamos que não há uma vedação para a transferência da execução do serviço postal pela ECT. Há até um estímulo por parte do legislador a tal fim.

A execução indireta mediante a celebração de contratos e convênios pela ECT na prestação dos serviços postais é, portanto, preconizada pela própria lei que determinou a exploração de tais serviços, em dito regime de monopólio, pela União.

Incluindo-se a tais fatos a certeza de que os serviços postais são serviços vitais para todas as atividades econômicas e sociais já que constituem um veículo essencial de comunicação e de comércio²⁰, somos levados a crer que as parcerias em todos os sentidos, e principalmente as PPPs, poderão ser realizadas no setor postal, possibilitando um desenvolvimento econômico e social para o país.

4. PPP no setor postal brasileiro

Tendo em vista o déficit público, a incapacidade do Estado em realizar investimento em infra-estrutura²¹, a

²⁰ Sobre a importância estratégica e econômica do setor postal pode-se ver os dados contidos no Informe da Comissão do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a aplicação da Diretiva Postal, de 25 de novembro de 2002, documento COM (2002) 632 final.

²¹ Pode-se dizer que investimentos em infra-estrutura, têm uma dupla repercussão. Não só criam empregos no setor específico, mas ainda permitem o bom funcionamento dos demais ramos de atividade, cujo desenvolvimento depende do bom funcionamento da infra-estrutura. Essa é a razão pela qual os países que não dispunham de recursos públicos suficientes para atender o desenvolvimento dos seus serviços públicos recorreram inicialmente à concessão e, mais recentemente, às PPPs.

A péssima condições das estradas brasileiras, à falta de investimento na malha ferroviária, saneamento precário, agricultura em crescimento, mas com possibilidades de avanços, sistema energético cheio de problemas, sistemas de comunicações que pode melhorar, entre outros, encarece o custo da logística das empresas e pode prejudicar a competitividade dos produtos não só no

possibilidade de novas formas de administração, a discricionariedade na escolha da forma de descentralização, a possível contenção de gastos e, por se pressupor que, na maioria das formas de parcerias, os investimentos sejam amortizados pela cobrança de tarifas dos usuários/consumidores finais dos serviços, havendo casos, contudo, que muitos dos investimentos podem não vir a ser amortizados, que temos as PPP²². As duas espécies – patrocinada ou administrativa²³ – trazem ao Poder Público a possibilidade de investir em infra-estruturas necessárias, assumindo o particular os riscos de projetar e construir uma determinada obra ou de prestar algum serviço para, mantendo a titularidade desta ou deste após a sua conclusão, colocar os seus frutos à

exterior mas no Brasil, além de aumentar os preços e diminuir a qualidade e a eficiência dos serviços.

Nessas condições as PPPs surgem como possibilidade de melhora desses males, não podendo contudo serem tidas como salvadoras de todos problemas atualmente vividos. Daí porque ser incontestável o fato de que antes de qualquer PPP há de ser feito um planejamento, método que, subdividido nas fases de diagnóstico e prognóstico, tem por finalidade racionalizar a atuação estatal, a partir da participação da sociedade na identificação dos problemas na infra-estrutura, e na melhor forma de execução deste plano, com as chamadas políticas públicas. Faz-se necessário, portanto, grandes investimentos, nacional ou estrangeiro, público ou privado, em infra-estrutura, nos mais diferentes setores, inclusive o Postal.

²² A pergunta aqui é: caso os investimentos sejam amortizados, poderá se optar pela PPP? Verificaremos mais adiante tal questão.

²³ De acordo com o art. 2.º da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, as PPP são contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, onde a primeira é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e a segunda, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. O Projeto de Lei n.º 2.546/2003 que originou a atual lei, dispunha diversamente sobre o conceito de PPP, nele esta forma de contratação era considerada como o acordo firmado entre a Administração Pública e o parceiro privado, que estabeleça vínculo jurídico para a implantação ou gestão, no todo ou em parte, de empreendimentos ou atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem ao parceiro privado.

disposição do Estado ou da comunidade, mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica do Estado se atender às metas e aos requisitos de qualidade previamente acordados, cabendo, em contrapartida, ao Estado a função de controlar, regular e fiscalizar o setor²⁴.

É, na verdade, um esquema legal, sob o qual se estabelece um vínculo jurídico entre o Estado e a iniciativa privada, em que os financiamentos e as responsabilidades pelos investimentos pertencem ao setor privado, que presta o serviço público ou realiza a obra pública, com enorme liberdade de ação e com garantias financeiras do Estado. Nada mais é, portanto, que uma delegação do setor público ao privado, da responsabilidade pela execução e operação de

determinada obra ou serviço, sujeita a obrigações, pelo Poder Público, de pagamento somente pelos resultados²⁵ efetivamente atingidos e pré-estabelecidos.

Tal noção aceita diversas modalidades, cuja sistematização é variável e depende dos diversos ângulos de vista, tais como o nível de envolvimento do Poder Público, a propriedade dos bens envolvidos e os riscos assumidos pelas partes, pública e privada. Poderia-se então ter os modelos: *Operations and Maintenance*, *Desing-Build*, *Turnkey Operation*, *Wrap around Addition*, *Lease Purchase*, *Privatização Temporária*, *Lease-Develop-Operate*²⁶, *Build-Own-Operate-Transfer*²⁷, *Build-Operate-Transfer*²⁸, *Build-Transfer-Operate*²⁹, *Build-Own-Operate*³⁰, *Buy-Build-Operate*³¹. Todas essas modalidades apresentam vantagens e desvantagens, além de diversas implicações para a alocação dos riscos entre as partes.

Não se pode, portanto, confundir a noção acima citada com as demais formas de parcerias, já que a PPP busca viabilizar investimentos que, de outra forma, nem o Estado nem os modelos tradicionais de concessão, permissão, autorização e licitação de obra seriam capazes de fazê-lo. A PPP pode propiciar ainda, não só uma economia ao Estado, como também a comodidade ao usuário final de um serviço essencial prestado com mais eficiência pelo parceiro privado.

²⁴ Sob esse contexto, vide Livro Verde da União Européia sobre as Parcerias Público-Privadas (COM (2004) 327 final, Disponível em: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=COMfinal&and oc=2004&nu_doc=327, acesso em: 31.03.05), bem como o Livro Verde da União Européia sobre os serviços de interesse geral (COM (2003) 270, de 21 de maio de 2003, Disponível em: http://europa.eu.int/eurlex/en/com/gpr/2003/com2003_0270en01.pdf acesso em: 28.12.2004), que dispõe: “22. Normalmente o mercado garante uma alocação otimizada dos recursos para o benefício da sociedade como um todo. Contudo, alguns serviços de interesse geral não são completamente satisfeitos somente pelo mercado, porque o preço de mercado é muito alto para consumidores com baixo poder aquisitivo ou porque o custo de provimento de tais serviços não pode ser coberto por preços de mercado. Disso decorre que sempre tem sido a responsabilidade imputada às autoridades públicas de garantir que tais necessidades básicas coletivas e qualitativas sejam satisfeitas, e que aqueles serviços de interesse geral sejam preservados enquanto os agentes de mercado não podem arcar tais serviços. Atualmente, a importância crucial dessa responsabilidade não se alterou.

23. Entretanto, o que mudou foi o modo pelo qual as autoridades públicas cumprem suas obrigações perante os cidadãos. Certamente, o papel das autoridades públicas no contexto dos serviços de interesse geral está em constante adaptação ao desenvolvimento econômico, tecnológico e social. Na Europa, numerosos serviços de interesse geral têm sido tradicionalmente prestados por autoridades públicas. Hoje em dia, as autoridades públicas cada vez mais delegam a provisão de tais serviços à empreendimentos públicos ou privados, ou à parcerias público privadas (PPPs) e limitam-se a definir objetivos públicos, monitorando, regulando e, onde necessário, financiando aqueles serviços”.

²⁵ A Lei estabelece que o contrato “poderá” prever remuneração pelo resultado (art. 6.º, § ún).

²⁶ LDO: O Estado arrenda um ativo existente ao setor privado, exige a realização de melhorias e pequenos investimentos, em geral de recuperação, e firma um contrato de operação privada.

²⁷ BOOT: Aqui a propriedade dos ativos só é transferida ao setor público ao fim do contrato de operação.

²⁸ BOT: Mecanismo de concessão de direito de construção, exploração e prestação de um serviço por um período determinado, ao fim do qual o projeto retorna às mãos do Estado.

²⁹ BTO: Neste caso, o setor privado constrói o empreendimento e o entrega ao Estado, que, por sua vez, concede à mesma empresa privada, ou a outra, o direito de operação.

³⁰ BOO: Análogo ao BOT, sendo que a propriedade do projeto é totalmente privada, ou seja, não há retorno do empreendimento ao Estado.

³¹ BBO: Caso em que o Estado possui algum ativo em operação e deseja vendê-lo ao setor privado, contra a obrigação de expansão e operação por este.

Verificada a noção de PPP e a viabilidade destas no setor postal, necessário se faz analisar a aplicabilidade da norma à ECT, já que a Emenda Constitucional n.º 19/98 deu nova redação ao art. 22, inc. XXVII, da CF³², prevendo a criação de um estatuto jurídico próprio para as sociedades de economia mista e empresas públicas, que disporá, dentre outros, sobre as suas licitações e contratações³³.

Tal disposição deu margem ao entendimento de que o art. 119, da Lei n.º 8.666/93³⁴ não fora recepcionado pelo novo ordenamento constitucional, por violar o princípio da isonomia, tratando igualmente situações desiguais, afinal equiparou empresas destinadas a explorar atividades econômicas em regime de competição a órgãos e entidades com personalidade de direito público, dotadas de autoridade e prerrogativas de supremacia sobre o particular³⁵.

³² Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.* Ressalta-se que o art. 1º, da Lei n.º 11.079/04, definiu a competência federal para a edição de normas gerais de contratação, o que encontra amparo no art. 22, XXVII da Constituição Federal.

³³ Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (...)*”.

³⁴ Art. 119. *As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.*

³⁵ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 426: “Com o advento da EC n.º 19/98 fica afastada a incidência desse diploma, devendo as licitações dessas entidades observar o disposto no art. 3º da Lei n.º 8.666/93 (apenas para justificar a existência de lei, a afastar, portanto, eventual alegação de violação ao

Para quem assim entende, por força do novo ordenamento constitucional, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito não mais se submetem à Lei n.º 8.666/93, embora tal não livre, totalmente, de polêmica³⁶.

Ao contrário de tal sustentação, o Tribunal de Contas da União não considera inconstitucional o art. 119, da Lei n.º 8.666/93³⁷. Entende, que pode uma estatal merecer o mesmo tratamento que uma autarquia ou que um município, que não tem função de regular o mercado e de competir com agilidade com as empresas do setor privado (que devem ser reguladas pela atuação concorrencial da estatal, pois este é o *relevante interesse coletivo* que justifica sua existência).

Registra-se, assim, que a divergência se funda em torno da natureza da atividade prestada pela estatal, ou seja, aquelas que exploram atividades econômicas de competição com o setor privado se submetem aos seus próprios regulamentos; as que prestam serviços públicos continuam sujeitas às citadas “normas gerais”³⁸.

princípio da legalidade”). Vide também PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Da Reforma Administrativa Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 375.

³⁶ SIDNEY BITTENCOURT (Licitação passo a passo. 4. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002, p. 459) afirma: “enquanto não dispuserem de estatutos próprios, devem continuar as estatais a atenderem, em sua totalidade, as regras da Lei n.º 8.666/93 – e não somente as normas gerais – não só por falta de regra para seguirem, como também em face da total inexistência de condições práticas na elaboração de um certame licitatório fulcrado tão-somente nas normas gerais”.

³⁷ Vide Decisão n.º 121/1998 exarado do Processo TC n.º 010.124/1995-0, bem como Decisão n.º 663/2002-TCU-Plenário, tomada no Processo TC n.º 016.176/2000-5.

³⁸ Depreende-se da leitura art. 22, inc. XXVII, da CF que as estatais prestadores de atividade econômica em sentido estrito devem observar o disposto no art. 173, § 1º da CF, já que possuem personalidade de direito privado, não celebrando, portanto, contratos administrativos, e sim, atos de direito privado. Esta é a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 102) “Se a entidade for exploradora de atividade econômica, suas relações negociais com terceiros, salvo alguma exceção mais adiante anotada, serão sempre regidas integralmente pelo direito privado. Assim, seus contratos não serão contratos administrativos. Sua responsabilidade contratual ou extracontratual, estará sob a mesma disciplina aplicável às empresas privadas e o Estado não responde subsidiariamente por seus atos”.

Ressalta-se, entendimento, ainda embrionário, no sentido de afirmar que o art. 173, § 1º, da CF, não fez essa distinção, que fazia sentido ao tempo dos monopólios e não mais no momento em que mesmo as prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à competição, especialmente na realidade em que os serviços públicos comportam exploração econômica.

Assim, pela ECT se tratar de uma empresa pública prestadora de serviço público, haverá entendimentos no sentido da aplicabilidade da lei de PPP, afinal o regime diferenciado se dá por causa da exploração da atividade econômica, portanto, as prestadoras de serviços públicos não necessitam de tal diferenciação, já que a licitação deveria se adequar aos objetivos de eficiência na intervenção do Estado na economia, que justificaram a criação das empresas estatais em competição com empresas privadas. Bem como, haverá quem tenham posição, está seguida por nós, que a ECT, apesar de prestar um serviço público, possui atividades que comportam exploração econômica, não se aplicando, nesses casos, a Lei n.º 11.079/04.

Verificada a aplicabilidade da norma à ECT, resta avaliar se o Poder Público e a própria ECT possuem opção discricionária ou vinculada na escolha do formato de descentralização do serviço postal³⁹.

A competência discricionária consiste na margem (relativa) de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para escolha, dentre as alternativas oferecidas, daquela que melhor

E também, de CARLOS ARI SUNDFELD (Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 208): “*Parece idôneo concluir: as pessoas governamentais privadas exploradoras de atividades econômicas não celebram contratos administrativos em sentido estrito (a não ser, por óbvio, como contratadas da Administração), porque o regime de prerrogativas que os caracteriza inexistem nos contratos das empresas privadas*”. Ressalta-se, contudo, ser indiscutível, à obrigatoriedade de licitar, que se aplicam às entidades estatais o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Significa dizer, portanto, que não podem tais empresas deixar de observar o princípio de mérito da licitação, elencados no art. 3º da Lei n.º 8.666/93.

³⁹ Ressaltamos aqui que a escolha dos instrumentos pelos quais certo Estado, ou ente deste, desempenha suas atividades depende da época, do local, da ideologia, das condições políticas e econômicas, e até da tradição.

atenda ao interesse público específico, tendo, por conseguinte, espaço livre na avaliação do motivo e na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade quando a lei assim lhe permita, subordinando-se, no entanto, à competência, à forma e à finalidade legais.

Já a descentralização (administrativa), que nada mais é do que a distribuição de competência, pode se dar tanto para entidades da administração indireta como para particulares. A primeira hipótese é denominada descentralização por outorga, através da qual determinados serviços administrativos são especializados e personalizados em entidades estatais - Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista, por exemplo⁴⁰. A segunda hipótese é a descentralização por colaboração, pela qual o particular é chamado a colaborar com o Poder Público naquilo que é de seu mister, recebendo mera execução de tarefa cujo titular é o contratante. Esta última de acordo com MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO⁴¹:

Pode ser operacionalizada por atos administrativos unilaterais (autorização, reconhecimento, credenciamento), bilaterais (contratos de concessão, permissão, terceirizações em geral) e multilaterais (convênios e consórcios). A opção decorre do exercício do poder de direção superior da Administração pelo Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, II), que atua orientado pela

⁴⁰ Uma das modalidades de intervenção do Estado na economia é a exploração direta da atividade econômica. Quando realiza tal intervenção, o Estado primeiramente planeja, depois fomenta a iniciativa privada a desempenhar atividades econômicas. Se a iniciativa privada não acolher o interesse estatal, que inclusive a incentivou para isso, aí sim, caso o plano seja imperativo, e sendo os setores e regiões eleitos no plano indispensáveis para o desenvolvimento nacional, que estará atendido, no caso concreto, o que se denomina “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional” que autoriza a criação de uma empresa estatal. Vale lembrar que fere o princípio da abstenção criar empresas estatais simplesmente invocando o argumento de que há “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”. Assim, somente se cria empresa estatal se as atividades a serem desenvolvidas por essas entidades não puderem ser desenvolvidas a contento pela iniciativa privada.

⁴¹ Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 129.

discricionabilidade e pelo princípio da especialidade, que, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *informa especialmente a distribuição da competência administrativa*.

Conhecedor do acima exposto, podemos dizer que as PPPs seriam uma forma de descentralização administrativa por colaboração, operacionalizada por ato administrativo bilateral.

Assim, a opção por montar uma estrutura administrativa ou incentivar o particular a exercer a atividade, depende da discricionabilidade do administrador, ato discricionário, portanto. Desse modo, o Poder Público tem uma opção discricionária na escolha do formato de descentralização do serviço postal, podendo a seu juízo (conveniência e oportunidade) escolher qual forma de descentralização melhor se enquadrará no contexto do setor⁴². Inclusive, a própria ECT, já que não há vedação para a transferência da execução de tal serviço (art. 18, do Decreto-lei n.º 509/69 e art. 2.º, §3.º, da Lei n.º 6.538/78), poderá realizar, com discricionabilidade, PPPs, ou qualquer outra forma de descentralização, desde que aplicável ao setor⁴³.

Desse modo, independentemente do conceito que se adotar para o serviço postal⁴⁴, incontestável será o fato

⁴² Poder-se-ia utilizar para as PPPs, como analogia, o binômio necessidade/utilidade das desapropriações, onde a necessidade surgiria quando a Administração Pública defrontasse situações de emergência em que a única solução seria a PPP e a utilidade quando a Administração Pública tivesse conveniência em que a melhor solução seja a PPP.

⁴³ Este é o nosso entendimento, mesmo sendo sabendo de que as PPPs foram criadas para casos em que os estudos técnicos revelassem que o serviço a ser prestado não fossem auto-financeáveis. Afinal, a Lei n.º 11.079/04, não dispôs assim.

Ressaltamos, também, para o fato de que caso o financiador do projeto seja público (ex: BNDES, Caixa Econômica Federal, etc.) numa eventual transferência do controle da sociedade de propósito específico ao financiador, como prevê o art. 2.º, §1.º da Lei n.º 11.079/04, este não poderá vir a ter a titularidade da maioria do capital votante, como veda o art. 4.º, § 9.º da mesma Lei.

⁴⁴ Ressalta-se que, utilizando-se do Projeto de Lei n.º 1.491/99, averigua-se que o mesmo criou um conceito geral de serviços de correios, que possui três espécies: os serviços postal, os parapostal e os de interesse social.

Os *serviços postais* são serviços convencionais e tradicionais de correios, relacionados ao envio de

correspondência e objeto postal a um destino certo e determinado, com ou sem indicação de destinatário. Onde correspondência é a comunicação na forma escrita, gravada ou fixada em suporte material e, nesta condição, destinada a endereço determinado ou a pessoa com endereço determinado e objeto postal é o bem material, com ou sem valor mercantil, que atenda aos requisitos de postabilidade fixados na lei e na regulamentação e que seja encaminhado pelas redes físicas a endereço ou pessoa com endereço determinado.

As encomendas e as mercadorias adquiridas por reembolso postal e venda direta por intermédio das redes físicas são consideradas objetos postais.

Não são serviços postais as atividades de atendimento ao usuário, coleta, triagem, transporte e distribuição de correspondência ou objeto postal, ainda que realizadas de forma segmentada e independente.

Os *serviços parapostais* são serviços que não estão diretamente relacionados ao envio de correspondência ou objeto postal, mas são atividades relacionadas ao serviço postal de forma correlata, conexa ou afim.

Os *serviços de interesse social* são aqueles relevante para a coletividade e para o Estado prestado aos usuários pelo operador, cuja execução depende ou seja consideravelmente facilitada pela utilização de sua rede física, sem prejuízo da prestação dos demais serviços de correios. Ou seja, são aqueles que, embora não possam ser considerados tipicamente postais, são passíveis de prestação por operador postal. Nessa categoria fica enquadrada a utilização da rede física do operador para o prolongamento da ação governamental, inclusive com a indicação, de alguns dos serviços que são classificados nessa categoria, tais como os serviços destinados a prover as necessidades dos usuários em relação aos documentos oficiais de identificação, os procedimentos realizados para o Poder Judiciário destinados à justificação eleitoral, a distribuição de material, inclusive didático e medicamentos, originários de programas ou entidades governamentais e as campanhas comunitárias realizadas pelo Poder Público.

Como o serviço postal é a espécie que mais nós interessa no momento, acrescentamos o entendimento de UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988, 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 44), que ao estudar o conceito de serviço postal, afirma que este não está pronto e acabado no texto constitucional, mas apenas delineado. A definição foi deixada pelo legislador constituinte a cargo do legislador ordinário. Afirma o autor que este não possui plena liberdade para definir tal serviço. Existe um sentido comum a condicioná-lo, extraído da experiência histórica e do uso social da expressão “serviço postal”. Para o autor delinear o conceito serve para saber quais os serviços postais deverão ser mantidos pela União, conforme dispõe o art. 21, inc. X, da CF/88. Ele divide o conceito em constitucional e legal. O primeiro, consiste na atividade de troca de correspondência entre dois

sujeitos, operada por terceiro, pessoal e regularmente, e que constitui obrigação da União, em decorrência de sua essencialidade à população, conforme definido em lei. No segundo, o autor afirma que tem-se que observar 4 elementos extraídos do art. 7.º e 47 da Lei n.º 6.538/78: a) as atividades materiais nele envolvidas, que seriam as elencadas no art. 7.º da Lei n.º 6.538/78, quais sejam, o recebimento, a expedição, transporte e entrega; b) as coisas possíveis de troca por meio do serviço postal, que seriam os objetos de correspondência, os valores, as encomendas e as correspondências agrupada (art. 7.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º além do art. 9.º, inc. II da Lei n.º 6.538/78); c) as especificidades das coisas, delineadas no art. 12 e 13 da Lei n.º 6.538/78, pois se não se enquadrarem, restarão caracterizados como carga; d) a estrutura física e de pessoal usada para a circulação das coisas, que o autor chama de via postal. Assim, para o autor, serviço postal na legislação vigente se consiste na atividade de troca de objetos postais (coisas adequadas às condições legais de postagem), executada por via postal (a estrutura física e de pessoal operada pela União, por meio da ECT e eventuais terceirizados) e que representa obrigação legal da União (à luz do art. 4.º da Lei n.º 6.538/78). Nesse enfoque, inclusive, o autor afirma estar o serviço expresso fora da via postal, logo fora do conceito de serviço postal. E de JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL (PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 11 e 12) define serviço postal e traz, também, suas características, do seguinte modo: “*Los servicios postales son servicios de transporte a destinatarios concretos, de forma masiva, mediante una estructura articulada en red, de comunicaciones escritas y pequeños objetos.*

Los servicios postales consisten principalmente en el transporte de objetos. En lo fundamental, el servicio consiste en la recogida de un envío en un punto geográfico concreto y la entrega del mismo en otro punto. La legislación sectorial regula también los servicios postales financieros. No obstante, estos servicios son marginales y se basan en la utilización precisamente de los elementos de la red postal menos asociados al transporte: la importante cobertura de las oficinas postales.

En segundo lugar, los servicios postales se caracterizan por la existencia de un destinatario concreto. Así como en ocasiones la publicidad c distribuye indiscriminadamente, sin especificar la identidad del destinatario, los servicios postales consisten en el transporte de envíos a destinatarios (personas físicas o jurídicas) identificados en el mismo envío o en su envoltura.

Un tercer elemento que caracteriza los servicios postales es la naturaleza masiva del transporte. Los envíos de poco valor añadido no pueden ser transportados individualmente, pues el coste del transporte lo hace inviable. La solución es establecer un sistema que permita transportar de forma conjunta cantidades masivas de envíos. El principal obstáculo es la diversidad de puntos de origen (remitentes) y de destino (destinatarios). A tal fin, los servicios postales se

de que este possui 4 (quatro) atividades essenciais, quais sejam: o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega. E que, para a realização dessas atividades, a empresa ou o Poder Público terão que contar com uma grande infra-estrutura⁴⁵.

Assim, nos contratos de PPP Postal patrocinadas, poderemos ter a concessão de serviço ou obra pública, sendo este remunerado através de tarifa, porém com uma contra prestação pecuniária do Poder Público à iniciativa privada.

Já nos contratos de PPP Postal administrativa, poderemos ter a prestação de serviço para a Administração Pública seja ela usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Vislumbra-se, portanto, adequada essas modalidades para qualquer das atividades, serviços ou obras realizadas pela atual ECT, a até pelo Poder Público, caso o queira.

Conclusões

É evidente que o Brasil precisa de investimentos na área de infra-estrutura para sustentar e impulsionar seu crescimento econômico, porém devido ao déficit público e a insuficiência de recursos não consegue realizar o mesmo sozinho, e é notório visualizar que se nada for feito entraremos (se já não entramos) num círculo vicioso, no sentido de que a não implementação de projetos de infra-estrutura básica levará a uma indefinição e à retração da expansão da capacidade industrial instalada. Nesse contexto, nada melhor no cenário nacional que as PPPs, instituída pela Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

estructuran en redes tanto de recogida como de entrega de los envíos. Estas redes permiten primero concentrar los envíos para el transporte conjunto y, una vez transportados a su destino, distribuirlos entre los destinatarios”.

⁴⁵ A ECT conta como já dito, com centros de operações, pontos de venda de produtos, agências de correios, caixas de coletas, caixas postais comunitárias, máquinas de auto-atendimento, unidades de tratamento e distribuição, linhas de transporte aéreo, veículos, motocicletas, bicicletas, diretorias regionais e regiões operacionais.

Na Parceria Público-Privada (PPP), caberá ao Estado planejar, regular e fiscalizar e, ao setor privado, executar e operar obras ou serviços importantes e necessários ao país. Nesses contratos, o particular assume o risco de projetar e construir uma determinada obra ou de prestar algum serviço para, mantendo a propriedade desta após a sua conclusão, colocar os seus frutos à disposição do Estado ou da comunidade mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica do Estado se atender às metas e requisitos de qualidade previamente acordados, que poderá se dar não só por dinheiro, mas também através de cessão de créditos não tributários, outorga de direitos da administração pública, outorga de direitos sobre bens públicos e outros meios admitidos em lei.

Desse modo, tendo em vista tais mudanças e peculiaridades, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que a licitação sob o regime designado PPP, que constitui objeto da Lei n.º 11.079/04, representa uma inovadora, audaciosa e moderna iniciativa do Poder Executivo, trazendo à lume a concreta possibilidade de o Poder Público, em regime de verdadeira parceria, contratar empresas privadas, viabilizando melhorias nos setores de infra-estrutura, inclusive no setor postal.

Porém é de tempo que não se resolve problemas antigos simplesmente com edição de leis, ou seja, não são simples modificações legais a se constituírem em mecanismos de eliminação de entraves estruturais. No entanto, a PPP pelo menos não deixa de significar o reconhecimento da necessidade de criatividade e bom senso na busca dos recursos para investimentos tão vitais para a União, Estados e Municípios. Ainda, serão necessários, muitos ajustes para moldar o caminho...

Há de se ter em conta, que a PPP não é, por si, solução para todos os problemas do poder público, não é, portanto, uma solução salvadora, não podendo a simples edição desta lei, oblitera-se a iniciativa do administrador público, entretanto outras soluções criativas, afinal a PPP por si só não será suficiente para suprir os investimentos que o país demanda, mesmo sabendo que esta é um novo passo ao avanço do país, podendo inclusive se tornar um dos elementos característicos de um novo modelo de desenvolvimento econômico que esperamos que desponte,

em relação aos já utilizados mecanismos da licitação, concessão, e outros.

Nesse contexto, a PPP busca viabilizar investimentos que, de outra forma, nem o Estado nem os modelos tradicionais de concessão e licitação de obra seriam capazes de fazê-lo. A PPP pode propiciar ainda não só uma economia ao Estado, como também a comodidade ao usuário final de um serviço essencial prestado com mais eficiência pelo parceiro privado.

Chegou a hora, portanto, do Brasil investir em infra-estrutura, afinal sem esta o mesmo jamais poderá andar para frente, ou melhor navegar ao invés de remar, afinal não podemos planejar crescimento se não tivermos infra-estrutura.

Governo e setor privado devem agir como aliados e não como concorrentes. A concorrência entre setores só levou a prejuízos para ambas as partes. Quando se encontra um diálogo comum, os resultados podem ser extraordinários, apesar dos interesses entre as partes serem divergentes, já que um busca o interesse público (Estado) e o outro basicamente o lucro (iniciativa privada).

É a oportunidade do Estado e da iniciativa privada trabalharem juntos para alcançar o crescimento sustentável, pois como o Estado não tem recursos suficientes para fazer todos os investimentos, ou por vezes que até tenha recursos, mas que seja uma política pública para minimizar seus custos, - ou seja, pode não visar a substituir incondicionalmente a ação estatal pretensamente ineficiente, mas sim valorizá-la, frutificando-a com vantagens técnicas, financeiras, gerenciais da iniciativa privada e minimizando os custos da administração pública - deverá o setor privado juntamente com o público estimular o crescimento econômico.

A segunda alternativa é o desejado para o setor postal. Com o desenvolvimento do setor postal, fez-se um diagnóstico e visualizou-se necessidade de mudanças do mesmo, tendo em vista a possibilidade de fadiga, caso não se realize as reformas necessárias ao setor. Entre os prognósticos encontrados para um setor que é composto por um vasto mercado e uma grande logística, chegou-se a uma reforma regulamentar, onde previu-se a delegação do serviço à iniciativa privada através da concessão,

permissão ou autorização. Porém com a inércia do Congresso Nacional para a implantação de tal reforma, outro instituto surgiu: as PPPs que são, como visto, modalidade de contratos de concessão que podem se dar na forma patrocinada ou administrativa. Surgindo, por conseguinte, o questionamento se este instituto poderá ser aplicado ao setor.

Creemos inicialmente que essa inércia causará problemas para a implantação/viabilização da PPP no setor postal. Afinal a possibilidade de um novo marco regulatório (PL n.º 1.491/99) cria incertezas no setor, além das incertezas já existentes em torna da natureza jurídica e do monopólio postal. Tudo isso será visto como riscos pelo parceiro privado. Afinal, a estabilidade de um marco regulatório é a aplicação consistente ao longo do tempo de regras básicas de forma a assegurar que se possa planejar a atividade e prever resultados futuros e isso não vem ocorrendo no setor postal.

Fora tal empecilho, tendo em vista a incapacidade do Estado em investimentos, a possibilidade de novas formas de administração, contenção de gastos e por entender que não existe um monopólio de direito por parte do Estado, além de entender que tal serviço se caracteriza como serviço público, somos levados a crer que a iniciativa privada possui um espaço jurídico para a exploração privada dos serviços postais, seja através da concessão, da permissão, da autorização, da franquia, da terceirização, da parceria público-privada ou qualquer outra forma, no entanto, o estado detém a obrigatoriedade de manter o serviço essencial e para tanto poderá o mesmo prestar o serviço através de empresas estatais ou não.

Assim, a princípio, as PPP deverão ser utilizadas nos casos em que a iniciativa privada não consiga amortizar os investimentos apenas pela cobrança de taxas ou tarifas por usuários, necessitando uma contraprestação do Poder Público. Caso se consiga amortizar os investimentos, terá o Poder Público, bem como a ECT, a discricionariedade, na escolha da forma de descentralização do serviço postal (art. 84, II da CF; art. 18, do Decreto-lei n.º 509/69 e art. 2.º, §3.º, da Lei n.º 6.538/78).

Sob todos os aspectos acima mencionados, somos levados a crer que assim como as demais formas de parcerias, as PPPs são possíveis de serem realizadas, podendo se implementadas em qualquer dos serviços de correios (postal, parapostal e de interesse social), em qualquer de suas fases (recebimento, expedição, transporte ou entrega), bem como em qualquer de suas redes de infra-estrutura, como centros de operações, pontos de venda de produtos, agências de correios, meios de transporte, etc..., dependendo, ao caso, do tipo de PPP, onde as patrocinadas, servem para a concessão de serviço ou obra pública, sendo este remunerado através de tarifa porém com uma contra prestação pecuniária do Poder Público à iniciativa privada (agência de correios poderão aqui se enquadrar) e as administrativas, servem para a prestação de serviço para a Administração Pública seja ela usuária direta ou indireta (centro de operações por exemplo).

Referências

- BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. 4. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Prefaciando a obra: WALD Arnoldo. MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre de M. O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. Eficácia jurídica dos planos de desenvolvimento econômico. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 140, p. 16-35, abr/jun, 1980.

- MACALLOSS, Joaquim. O serviço postal e o privilégio exclusivo. Revista de Direito Público. São Paulo. a. XVI, n. 68, out/dez 1983.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas e o financiamento das infra-estruturas. Fórum de Contratações e Gestão Pública, v. 3, n. 29, p. 3748-3749, maio 2004.
- _____. PPP: faltam iniciativas, não leis. Gazeta Mercantil, 09/09/2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOREIRA, T. e CARNEIRO, M. C. F. A parceria público-privada na infraestrutura econômica. Revista do BNDES, v. 1, n. 2, p. 27-46, dez. 1994.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Prospectivas na implantação do sistema de Parcerias Público-Privadas (PPP). Informativo de Licitações e Contratos, n. 12, p. 1019- 1118, dez, 2003.
- MUKAI, Toshio. Parceria público-privada. Solução para grandes projetos públicos municipais. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, v. 3, n. 13, p. 1352-1353, jan/fev, 2004.
- OLIVEIRA, Gesner. PPP não é panacéia. Folha de São Paulo. Dinheiro, 20.03.04, p. B2.
- PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005.
- PASIN, Jorge Antônio Bozoti. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público – privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v.10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Da Reforma Administrativa Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 375.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das Concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Júrís, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.
- VERDEGAY, E. e FISCOWICH, E. Historia del correo desde sus orígenes hasta nuestros días. París-Valencia: Facsímil, 1894.
- WALD Arnoldo. MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre de M. O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

1 INTRODUÇÃO

O HOMO ECOLOGICUS SOB UMA PERSPECTIVA HOLÍSTICA

Rozimeri Aparecida Rigon Pedroso ¹

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Ecologia/Meio Ambiente – Bem Comum e Universal. 3 Sociedade Moderna – Crise. 4 O homo ecologicus sob uma perspectiva holística. 5 Conclusão. 6 Referências

RESUMO: A proposta centra-se na idéia de conscientização do homem da sua relação com a natureza. O homem, ao longo dos anos, com a sua visão utilitária e separatista tem vindo a danificar quase irremediavelmente o equilíbrio harmônico da natureza, comprometendo a sua própria existência. O desafio que se coloca é o de formular uma educação ambiental que seja crítica e inovadora, voltada para a transformação social. O foco desta educação deve estar dirigido numa perspectiva holística que relaciona o homem, a natureza e o universo, pois é a partir da nossa consciência que criamos uma nova realidade.

Palavras-chave: homem, natureza, educação, consciência, holística

O homem é parte de um Todo chamado por ele mesmo de Universo: uma pequena parte, limitada no tempo e espaço. Ele vê a si próprio como algo separado do resto. Ilusão que o limita a desejos pessoais, condicionando a sua afectividade a algumas e poucas pessoas da sua tribo. Libertar-se desta prisão deveria ser o objetivo, aumentando o círculo de compaixão para amar todas as criaturas vivas e a natureza, em toda a sua beleza e magnitude.²

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, Campus São José (SC); Especialista em curso preparatório para Juiz Estadual Substituto - Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Pós-Graduada -Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina, e Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. E-mail: adv0083@hotmail.com/rozimeri@netcabo.p

² EINSTEIN, Albert. Como Vejo o Mundo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, p.167.

Sabemos que os recursos naturais, imprescindíveis para a nossa existência e desenvolvimento económico não são inesgotáveis. A preocupação com o meio ambiente é mundial, e no Brasil tal preocupação tem aumentado sensivelmente nos últimos anos. Podemos afirmar que os problemas ambientais são uma consequência de como a sociedade está estruturada, pois a visão da sociedade contemporânea está voltada para um padrão institucionalizado, que é tido como certo pela maioria das pessoas.

A sociedade contemporânea visualiza apenas o progresso ilimitado, resultante da exploração maciça dos recursos naturais. O homem precisa repensar os seus valores. Necessita reaprender. Paulo Freire já dizia que o homem carece de auto-estima para aprender, e só aprende quando aquilo que está a aprender faz parte do seu projecto de vida. O homem necessita estar comprometido, e não apenas contemplando idéias. É fundamental pensar a realidade em que se vive. Em termos de meio ambiente é imprescindível avaliar os factores externos, físicos e biológicos, que influenciam diretamente a sobrevivência, o crescimento, o desenvolvimento e a reprodução dos organismos e de todos os seres que habitam o nosso planeta. E mais, o homem necessita redescobrir a sua relação com a natureza. Necessita, sobretudo, mudar a sua visão de mundo. O que até então era tido como uma verdade absoluta, adoeceu, envelheceu, e urge ser substituída por outra que ultrapasse uma cultura milenar arraigada no seio da sociedade. Mas como e de que forma o homem pode mudar a sua visão fragmentada? Através de uma perspectiva holística.

A proposta deste trabalho é demonstrar que os valores ecológicos estão interligados com os valores humanos. O objectivo máximo do homem consciente, o qual se denomina no presente trabalho de *homo ecologicus* é a preocupação com a vida em toda a sua complexidade. Este *homo* preocupa-se com o seu religamento, com a sua aproximação com o universo, com a natureza, com o próximo, e consigo mesmo.

Em síntese, demonstraremos que através de uma perspectiva holística o *homo ecologicus* poderá perceber

mais facilmente a universalidade das coisas. Deixará de separar, passará a unir, passará a compreender sua unidade na diversidade e vice-versa e, no final, compreenderá que o seu destino, o da sua espécie e das demais, o destino social e histórico, estão todos entrelaçados.

2 Ecologia/Meio Ambiente: Bem Comum e Universal

Um sistema de valores jurídicos, éticos, sociais e universais foi proclamado há muito tempo como sendo direitos fundamentais e inarredáveis do homem. O princípio máximo de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...)”, consignado na Constituição Federal Brasileira de 1988³ passou a ser perseguido pela sociedade contemporânea.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vem se tornando cada vez mais um corolário do direito ao ambiente saudável, tanto é verdade que tal compreensão, antes exclusiva da óptica científica, transbordou para o campo jurídico e político. Denota-se que o direito ao ambiente sadio e equilibrado tornou-se hoje o núcleo dos direitos fundamentais. Todavia, esse Direito novo encontra resistências para se realizar, a mesma espécie de resistência detectada por Von Ihering⁴ há séculos atrás. Dizia ele:

Sempre que o Direito existente esteja escudado pelo interesse, o Direito novo terá de travar uma luta para se impor, uma luta que muitas vezes dura séculos, e cuja intensidade se torna maior quando os interesses constituídos se tenham corporificado sob a forma de direitos adquiridos.

A maior dificuldade reside no facto de existir uma cultura de resistência estabelecida no seio da sociedade, uma vez que os novos direitos são interpretados com base no velho direito individualista, ou

seja, uma visão do ser humano como sendo um ser autónomo, pragmático, unidimensional.

Fagúndez⁵ relembra que “a questão ambiental traz à baila a solidariedade e a lembrança de que todos os seres humanos integram o mesmo corpo. E que sem conscientização não há possibilidade de sobrevivência do planeta”. Por outro lado, a norma constitucional brasileira conduz-nos a uma visão ampliada do fenómeno ambiental, devendo compreender como um “Só Corpo” todos os elementos naturais e culturais. Tanto a legislação ambiental, quanto os fundamentos doutrinários do Direito Ambiental, favorecem e requerem a entrada em cena de novos actores sociais.

Os problemas ambientais são vivenciados por todas as classes sociais. Hoje, não se pode dizer que tal fenómeno afeta uma ou outra classe, pelo contrário, os problemas nascem no mesmo solo, do mesmo bem comum. Daí a necessidade de uma acção comum, em benefício de um bem comum, tão necessitado às presentes e futuras gerações.

3 Sociedade Moderna – Crise

Os juristas e estudiosos das mais diversas matérias afirmam que o mundo enfrenta uma crise. Mas a que crise se referem eles? Seria a crise de uma sociedade que envolve os mais variados fenómenos sociais ou somente a crise do meio ambiente? Em qualquer crise devem ser analisadas as estruturas reais do fenómeno e as possibilidades de ruptura ou de continuidade perante um estado de coisas que até então não eram contestadas. Além disso, deve-se precisar em que medida a crise se revela ameaçadora numa intervenção determinada, se a sua continuidade pode gerar um perigo ainda maior ou, ainda, de qual ordem ela é passível de arruinar a estabilidade.

Fagúndez⁶ sustenta que “(...) a vida requer sempre ruptura, transformação, e que a crise estimula a reflexão”. Todavia, a transformação só ocorre quando a sociedade se liberta de certos dogmas e muda o seu modo

³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. art. 225.

⁴ VON IHERING, Rudolf. A Luta pelo Direito. Trad. João Vasconcelos. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.7.

⁵ FAGUNDEZ, Paulo Roney Àvila. O Direito e a Hipercomplexidade. São Paulo: Ltr, 2003, p. 172.

⁶ FAGUNDEZ, op.cit., p.139.

de pensar e agir. Acreditamos, sem medo de errar, que a sucessão de crises que o mundo actual enfrenta é decorrente do avanço científico, do crescimento populacional, do crescimento industrial desordenado, do fenómeno globalização, enfim, é o próprio homem o responsável por todas as crises e conseqüentemente o único capaz de vencer todas as batalhas. Não obstante, há uma imensa parcela da população que vive sob condições ambientais terríveis, padecendo toda a sorte de doenças endêmicas, inclusive a desnutrição, a fome crônica, quando não a miséria total.

Portanto, para que haja qualquer mudança é imprescindível uma visão interdisciplinar que permita aos juristas, aos pesquisadores e à sociedade trabalhar com uma linguagem comum, sobre um objeto comum, e com um objectivo comum. A visão unitária de um fenómeno resulta na maioria das vezes em descobertas de soluções radicalmente diferentes ao problema de confrontação do direito e das práticas sociais.

Ao afirmarmos que a sociedade moderna vivencia uma crise, significa dizer que o desenvolvimento tecnológico tem vindo a interferir cada vez mais na qualidade de vida das pessoas, e o conhecimento formal e disciplinar por si só não é capaz de apontar as soluções adequadas para a resolução dos conflitos. Daí a necessidade do surgimento de novos protagonistas nesta história, isto é, o Estado, a sociedade, e a ciência, devem estar interligados e comprometidos na busca de soluções e alternativas para cada caso concreto.

Na visão de Leite e Ayala⁷, o maior problema não reside tão somente na compreensão dos conflitos que se estabelecem no quotidiano, mas sim na tomada de decisões a partir da diferenciação dos mais variados problemas, que importa, segundo os autores, em:

(...) considerar sinteticamente o problema de como superar da melhor forma possível o conjunto de imprevisões, incertezas e definições que tipificam os processos em que decisões e escolhas devem ser

⁷ LEITE, José Morato ;AYALA, Patrick Araújo. Transdisciplinariedade e a Proteção Jurídico-ambiental em Sociedades de Risco: Direito, Ciência e Participação. In: Morato Leite, José, Bello Filho, Ney de Barros (org.). Direito Ambiental Contemporâneo. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 117.

realizadas para a concretização dos objetivos de proteção do ambiente nas sociedades de risco.

Desta forma surge a necessidade de estudos e pesquisas interdisciplinares, ensejando análises e concretizações dos mais diversos problemas ambientais.

Podemos dizer que o Brasil é um País democrático, contudo, a democracia ocorre apenas no âmbito político. Para se construir uma verdadeira democracia é necessário, antes de tudo, uma reformulação dos valores éticos e morais.

Parafraseando Durkheim⁸, esses valores morais devem estar contidos em todas as regras que funcionam sob os nossos olhos, e a matéria da ciência deve ser formada por essas regras e não pela visão sumária que delas temos. A idéia da moral deve ressoar da consciência individual de cada ser humano. A verdadeira democracia “deve permitir o uso da palavra por todos, possibilitar a convivência pacífica entre os homens, dos homens com os animais e as plantas, entre todas as nações, entre todos os planetas, enfim, entre todos os seres”, remata Fagúndez⁹.

Urge dizer então que vivemos uma época de interesses comuns, em que não se pode pensar apenas individualmente, mas sobretudo na colectividade, no universo como um “Só Corpo”, que integra todos os seres.

4 O *homo ecologicus* sob uma perspectiva holística

Vivemos numa época de crises e incertezas, mas isso já sabemos. O que não sabemos, ou melhor, o que ainda não descobrimos, é o facto de estarmos a sair da idade da razão e a ir ao encontro da idade da consciência, no mais amplo sentido da expressão. A nossa tarefa agora consiste em inventarmos uma nova linguagem, um novo código: somos um SÓ CORPO! Não estamos perante um descrédito da razão, mas diante da recusa de dogmatismos que pensa captar um ser divino através de formulações e o

⁸ DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. Trad. Eduardo Lúcio Nogueira. Lisboa: Editorial Presença, 2004, p.98.

⁹ FAGUNDEZ, Paulo Roney Àvila. O Significado da Modernidade. In: Direito Ambiental Contemporâneo. Leite, José Rubes Morato; Bello Filho, Ney de Barros (org.). Barueri, SP: Manole, 2004, p.216.

real através de formalismos matemáticos. Utilizando uma expressão popular, é demasiado fácil usarmos um *slogan* com as afirmações: Sou ambientalista ou; Sou a favor da preservação do meio ambiente; etc. Personagens desse tipo não faltam no cenário mundial. Poucos são os *homo ecologicus*, homens verdadeiramente conscientes da sua relação com a natureza. Esse ser humano do qual falamos diferencia-se dos demais no seu modo de visualizar a interconexão existente entre sistemas e ambiente, os factores externos, físicos e biológicos que influenciam directamente a sua sobrevivência. Por outras palavras, o *homo ecologicus* é o homem que compreende que a espécie humana não é a única que habita este planeta e que necessita das outras espécies para continuar a viver. Este *homo* pensa cada acto de sua vida e consegue captar a essência da sua relação com os outros homens, com os outros seres vivos, com as forças cósmicas do universo.

Essa forma de visualizar o mundo é denominada de visão holística. A expressão “holística”¹⁰ origina-se do grego *holos*, que quer dizer inteiro, todo. O todo é tudo aquilo que integra o cosmos, seja o homem, uma galáxia, um inseto, uma molécula ou uma planta. Tudo está interligado. Há uma relação dialéctica entre todos os fenómenos, uma perfeita harmonia. Quando se fala em holística não se quer dizer que se trata de uma ciência ou religião e muito menos de uma filosofia de vida, mas sim de uma visão diferenciada do universo. A visão holística é uma atitude face à realidade. É o pensar a realidade. É uma forma de compreender que o homem e a natureza formam um único corpo. Ao mudar o nosso olhar sobre o mundo, começamos a ver possibilidades novas, impossíveis de serem visualizadas previamente. Vislumbramos uma forma diferente de encarar a saúde e a doença, o processo de cura, e a morte. Descobrimos quais

as estratégias mais adequadas para obtermos sucesso e um melhor rendimento na vida pessoal ou profissional.

E ainda, essa visão da qual falamos (holística) tem vindo ao longo dos anos a contestar o pensamento mecanicista. Einstein, por exemplo, aplicava a visão holística nas suas pesquisas. O que diferenciava esse génio da ciência dos demais estudiosos da época era a sua clareza de visão, percepção, e raciocínio lógico. Além de Einstein, muitos outros pensadores como Augusto Comte, Mahatma Ghandi, Hipócrates, Claude Bernard, Konrad Lorenz, Segismundo Freud, cada qual a seu tempo, aplicaram o holismo nas suas pesquisas e descobertas. Dito isto, surge uma questão: por que actualmente alguns pensadores apontam a falta de visão holística como o grande retardatário ao desenvolvimento da humanidade, principalmente no campo das ciências? Uma pesquisa de um determinado cientista que esteja baseada unicamente no interesse político e económico certamente em nada contribuirá para o desenvolvimento humano. Os grandes pensadores diferenciam-se pelo seu modo de pensar e ver as coisas. “Pensar é voar sobre o que não se sabe”, já dizia Ruben Alves.¹¹

Por seu turno, Capra¹², ao discorrer sobre o tema, defende o seguinte:

A perspectiva holística da realidade é representada pela idéia de uma consciência transdisciplinar. Presente em todos os setores do conhecimento, ela diz respeito ao conjunto de saberes particulares, visando o entendimento acerca dos mecanismos de funcionamentos humano e físico. Nesse sentido, a compreensão do real, sob a óptica holística, somente alcança uma definição, ainda que provisória, a partir da análise das inter-relações com outros elementos, e não pelo método cartesiano, que analisa o mundo em partes e organiza essas partes de acordo com leis causais.

¹⁰ “Holística-holismo (grego *holos*, todo) é a idéia de que as [propriedades](#) de um [sistema](#), quer se trate de seres humanos ou outros organismos, não podem ser explicadas apenas pela [soma](#) de suas componentes. A palavra foi cunhada por [Jan Smuts](#) por volta de [1920](#), [governador britânico](#) no sul da [Índia](#), que assim a definiu: "A tendência da [Natureza](#) a formar, através de [evolução](#) criativa, "todos" que são maiores do que a soma de suas partes". Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Holismo>.

¹¹ ALVES, Ruben. A complicada arte de Ver. Artigo publicado no periódico “Folha de São Paulo”, versão online, publicado em 26/10/2004. Disponível em: <http://www.folha.com.br>

¹² CAPRA, Fritjof. A Teia da Vida. São Paulo: Cultrix, 1996, p.80.

Toda a superação de um paradigma espelha profundas mudanças operadas numa concepção de mundo. A superação do paradigma geocêntrico representou o fim de um longo período da hegemonia política feudal. E hoje, para onde estamos a caminhar? Que estamos a viver uma crise, isso é evidente, o problema, contudo, é estarmos no meio desse processo, e por isso não temos distância suficiente para uma análise objectiva. O que nos resta, então? Entendemos que o início de qualquer mudança começa necessariamente nas escolas. É através da educação que surgirão mentes brilhantes, voltadas para acções novas e preocupadas com o meio ambiente humano. Como já afirmou Morin¹³, “interrogar a nossa condição humana implica questionar primeiro a nossa posição no mundo”.

Usamos sempre a visão fragmentada do pensamento sobre a nossa existência. Não estamos habituados e não nos preocupamos em pensar. Aprendemos que tudo na vida é guiado pela razão. Ensinar-nos a tudo separar, isolar, desunir, e talvez por isso possuímos uma visão limitada das coisas. Outrora já disse Ruben Alves¹⁴: “O acto de ver não é coisa natural. Precisa ser aprendido”. Nietzsche também sabia disso e afirmou que a primeira tarefa da educação é ensinar a ver e pensar. A aprendizagem da arte de ver, a aprendizagem da arte de pensar, resulta em descobertas. Ver e pensar são ferramentas do corpo. Em síntese, o corpo vê, pensa e inventa em função da necessidade de viver.

Ao longo dos anos o homem não utiliza a sua sabedoria acumulada para viver melhor e portanto não evoluiu em termos de ética, moral e política. Pelo facto de usarmos mal a nossa visão e também o nosso pensamento, em tudo criamos divisão e não união. A humanidade ainda não concebe a ideia de que somos originários do cosmos, da natureza. O nosso pensamento e a nossa consciência conhecem apenas o mundo físico, a matéria. Mas esse modo de pensar, de agir, e de ver as coisas, está

¹³ MORIN, Edgar. Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro. Trad. Eleonora F.da Silva e Jeanne Sawaya. 4º ed. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2001, p.47.

¹⁴ ALVES, Ruben. A complicada Arte de Ver. O texto foi extraído da secção "Sinapse", periódico da "Folha de S.Paulo", versão on line, publicado em 26/10/2004. Disponível em : <http://www.folha.com.br>

a mudar. Creemos que o homem moderno já está a despertar para uma nova consciência. E tal constatação pode ser feita através do documentário americano recentemente lançado: “Quem somos Nós?”¹⁵. Ele mostra-nos que a ciência tem vindo a celebrar a espiritualidade e vice-versa. Questionamentos humanos são discutidos dentro da Física Quântica, Neurologia e biologia Molecular e por fim trazem para as suas observações científicas a sabedoria ancestral dos místicos. Faz-nos compreender que a ciência pode ser uma linguagem do espírito, e quando trabalhadas juntas encorajam o ser humano a examinar as suas próprias crenças e despertam-no para a sua própria vida.

Fazendo uma análise desse filme e se pensarmos que toda a criação humana teve origem a partir da imaginação de alguma mente, então podemos concluir que criamos a nossa realidade a partir da nossa consciência. A proposta da visão holística é apresentar uma resposta inteligente à crise global gerada pela visão antropocêntrica.

O filósofo francês Serres¹⁶, defende a ideia de que o homem deve buscar o estado de paz e o amor, e para tal deve renunciar ao contrato social primitivo de Hobbes, para firmar um novo pacto com o mundo: “O contrato natural”. Na visão deste filósofo, o mundo, a princípio, foi visto como nosso Deus, depois tornou-se nosso escravo, em seguida passou a ser visto como nosso hospedeiro, e agora temos que admitir que é, na verdade, nosso simbiota¹⁷. Para Serres, o homem “parasita” da natureza e do mundo, filho do direito de propriedade, tudo tomou e não deu nada. A Terra hospedeira deu tudo e não tomou nada. Um relacionamento correcto terá que assentar na reciprocidade. Tudo o que a natureza dá ao homem ele deve restituir.

¹⁵ Título original: What the Bleep Do We Know?. Lançamento: (EUA – 2004) -Direção: William Arntz, Betsy Chasse e Mark Vicente. Estúdio: Lord of the Wind.

¹⁶ SERRES, Michel. O Contrato Natural.Paris- França: Bourin, 1990.

¹⁷ “Cada um dos seres associados na simbiose. Associação de dois ou mais seres de espécie diferente, que lhes permite viver com vantagens recíprocas e os caracteriza como um só organismo: o líquen é a simbiose de uma alga e de um cogumelo. Fig. Vida em comum”. Disponível em : <http://www.kinghost.com.br/dicionario/muito.html>.

Hoje, a filosofia e a ciência, como nunca dantes, já admitem a unidade do cosmos. E nessa unidade não há hierarquia. Os componentes dos átomos e partículas atômicas são padrões dinâmicos que não existem como entidades isoladas, mas como partes de uma rede inseparável de interações. Os físicos modernos mostram-nos que toda a matéria, tanto na terra como no espaço externo, está envolvida numa contínua dança cósmica. Tudo no espaço está conectado a tudo o mais, e nenhuma parte dele é mais importante. As propriedades de qualquer parte são determinadas, não por alguma lei fundamental, mas pelas propriedades de todas as demais partes. O mundo está envolvido numa grande unidade, nenhum elemento está isolado, nem na extensão presente, nem na história.

O *homo ecologicus*, esse ser em plenitude, está unido a tudo o que vive. Essa unidade afasta toda e qualquer diferença. Exemplo desse ser humano consciente era o índio Seattle, chefe de uma tribo indígena americana, Suquamish. É produtivo esposar aqui um breve relato de sua história:

No ano de 1853, o Governo americano tentava convencer o chefe indígena Seattle (originalmente chamado de Seea-ath), a vender as suas terras, dois milhões de acres, por US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares americanos). Em resposta, o índio Seattle enviou uma carta ao Presidente Franklin Pierce, a qual se traduzia numa lição inesgotável de amor à natureza e à vida.

A história dos indígenas em cada país onde existiam, antes do homem branco, é diferente nas suas particularidades, mas no seu conteúdo são iguais. Nos Estados Unidos ou no Brasil, os problemas enfrentados pelos indígenas foram os mesmos. Daí esse sentimento de solidariedade e cooperação que existe entre os diferentes povos indígenas e essa sabedoria milenar da qual todos nós temos muito a aprender. O índio Seattle era esse ser do qual falamos, um ser em sua plenitude, um homem consciente, um verdadeiro *homo ecologicus*.

Eis alguns fragmentos de sua carta¹⁸, enviada ao presidente dos EUA, em 1854.

(...) Como é que se pode comprar ou vender o céu, o calor da terra? Essa idéia parece estranha. Se não possuímos o frescor do ar e o brilho da água, como é possível comprá-los? (...) Somos parte da terra e ela faz parte de nós. As flores perfumadas são nossas irmãs: o cervo, o cavalo, a grande águia, são nossos irmãos. Os picos rochosos sulcos úmidos nas campinas, o calor do corpo do potro, e o homem - todos pertencem à mesma família. (...) Os rios são nossos irmãos, saciam nossa sede. Os rios carregam nossas canoas e alimentam nossas crianças. Se lhes vendermos nossa terra, vocês devem lembrar e ensinar a seus filhos que os rios são nossos irmãos, e seus também. E, portanto, vocês devem dar aos rios a bondade que dedicariam a qualquer irmão. Sabemos que o homem branco não compreende nossos costumes. Uma porção de terra, para ele tem o mesmo significado que qualquer outra, pois é um forasteiro que vem à noite e extrai da terra aquilo de que necessita. A terra não é sua irmã, mas sua inimiga, e quando ele a conquista, prossegue seu caminho. Deixa para trás os túmulos de seus antepassados e não se incomoda. Rapta da terra aquilo que seria de seus filhos e não se importa. A sepultura de seu pai e os direitos de seus filhos são esquecidos. Trata sua mãe, a terra, e seu irmão, o céu, como coisas que possam ser compradas saqueadas, vendidas como carneiros ou enfeites coloridos. Seu apetite devorará a terra, deixando somente um deserto. (...) O ar é precioso para o homem vermelho, pois todas as coisas compartilham o mesmo sopro - o animal, a árvore, o homem, todos compartilham o mesmo sopro. Parece que o homem branco não sente o ar que respira. Como um homem agonizante há vários dias, é insensível ao mau cheiro. (...) O que é o homem sem os animais? Se todos os animais se fossem, o homem morreria de uma grande solidão de espírito. Pois o que ocorre com os animais brevemente acontecerá com o homem. Há uma

presidente dos EUA, em 1853 e traduzida por Irina Bunning e divulgada pelo Projeto Vida . O conteúdo da carta tem várias versões e inúmeras traduções .Obs: As terras dos Suquamish ou Duwamish é hoje a cidade de Seattle, no estado de Washington. A cidade tem este nome em homenagem ao Cacique. Texto original da carta disponível em:

<http://www.culturabrasil.pro.br/seattle.htm>.

¹⁸ Carta do índio Seattle da tribo Suquamish ou, Duwamish, e outras tribos americanas enviada ao

ligação em tudo. Vocês devem ensinar às suas crianças que o solo a seus pés é a cinza de nossos avós. Ensinem às suas crianças o que ensinamos às nossas, que a terra é nossa mãe. Tudo o que acontecer à terra, acontecerá aos filhos da terra. Os homens cospem no solo, estão cuspiendo em si mesmos. Isto sabemos: a terra não pertence ao homem; o homem pertence à terra. Isto sabemos: todas as coisas estão ligadas como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo. O que ocorrer com a terra recairá sobre os filhos da terra. O homem não tramou o tecido da vida; ele é simplesmente um de seus fios. Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo. Os brancos também passarão; talvez mais cedo que todas as outras tribos. Contaminem suas camas, e uma noite serão sufocados pelos próprios dejetos. (...) Onde está o arvoredo? Desapareceu. Onde está a águia? Desapareceu. É o final da vida e o início da sobrevivência.

O índio Seattle, em sua carta, há cerca de 150 anos, já deixava claro que o homem civilizado, com a sua mentalidade voltada unicamente para o capitalismo, perdeu a sua identidade orgânica da relação homem / natureza, e isto, conseqüentemente, tem resultado na total degradação ambiental. Dizia aquele sábio homem que devemos ensinar aos nossos filhos que a terra é nossa mãe. Cumpre-nos ensiná-los que todo o mal que fizermos à natureza, este mesmo mal recairá sobre nós. Isto incita-nos a pensar sobre a forma como a sociedade contemporânea funciona e como está estruturada. A maneira como é gerida a natureza, o modo de produção e de consumo, os meios de produção, os estilos de vida, as técnicas aplicadas, a tecnologia utilizada e a ciência a seu serviço, no sentido de reaproximar o homem à natureza.

Voltando à questão já discutida no início deste capítulo quando afirmávamos que as mudanças de paradigmas começam necessariamente nas escolas, entendemos que o autoconhecimento da pessoa humana é que o conduzirá à mudanças intra e interpessoais e, conseqüentemente, tais mudanças vão afectar as pessoas que estão à nossa volta, que por sua vez passam a reagir de forma diferente. Cada ser humano pode modificar-se e influir para mudar o ambiente em que vive.

Portanto, são as interações entre indivíduos conscientes (*homos ecologicus*), que vão produzir uma sociedade com consciência ambiental. Para concluir tal pensamento servimo-nos novamente das palavras de Morin¹⁹ quando diz que (...) *todo o desenvolvimento verdadeiramente humano significa o desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das participações comunitárias e do sentimento de pertencer à espécie humana.*

Sabemos que o nosso planeta já vivenciou duas grandes catástrofes biológicas. A primeira no período Paleozóico²⁰, com a fractura da Pangéia, e a segunda no período Mesozóico²¹, o choque com o meteoro de 9 Km de extensão, acabando com o domínio dos dinossauros. O que não sabemos, ou melhor, fingimos não saber, é o prenúncio de uma terceira catástrofe que está por vir e está a ser provocada por um “animal intelectual”: o ser

¹⁹ MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. Trad. Catarina Eleonora F.da Silva e Jeanne Sawaya. 4.ed.São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2001, p.55.

²⁰ Na *escala de tempo geológico* o Paleozóico é a *era do éon Fanerozóico*, que está compreendida entre 542 milhões e 251 milhões de anos atrás, aproximadamente. A era Paleozóica sucede a era *Neoproterozóica* do éon *Proterozóico* e precede a era *Mesozóica* de seu éon. Divide-se nos períodos *Cambriano*, *Ordoviciano*, *Siluriano*, *Devoniano*, *Carbonífero* e *Permiano*, do mais antigo para o mais recente. O Paleozóico é conhecido por dois dos eventos mais importantes na história da vida *animal*. Em seu começo houve uma grande diversificação evolutiva dos animais, a *explosão cambriana*, em que quase todos os filos animais atuais e vários outros extintos apareceram dentro dos primeiros milhões dos anos. Já no extremo oposto do Paleozóico ocorreu a *extinção maciça*, a maior da história da vida na Terra, que extinguiu aproximadamente 90% de todas as espécies animais marinhas. As causas de ambos estes eventos ainda não são bem conhecidas.. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Paleoz%C3%B3ico>.

²¹ O Mesozóico é a *era do éon Fanerozóico* que está compreendida entre 251 milhões e 65 milhões e 500 mil anos atrás, aproximadamente. A era Mesozóica sucede a era *Paleozóica* e precede a era *Cenozóica*, ambas de seu éon. Divide-se nos períodos *Triássico*, *Jurássico* e *Cretáceo*, do mais antigo para o mais recente. O nome Mesozóico é de origem grega e refere-se ao 'meio animal' sendo também interpretado como "a idade medieval da vida". Esta era é especialmente conhecida pelo aparecimento, domínio e desaparecimento polémico dos *dinossauros*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Mesoz%C3%B3ico>.

humano, o famoso *homo sapiens* que também é conhecido por *homo complexus*, por ser ao mesmo tempo um ser racional e irracional, capaz de construir e de se autodestruir. Ainda há tempo! Podemos mudar o final desta história! A escolha é nossa: - ou nos deixamos extinguir pela nossa própria loucura ou tornamo-nos protagonistas de uma história com um final feliz. Não deixemos transformar-nos em *homo demens*, mas sim em *homo ecologicus*. Basta ressuscitarmos em nós uma nova ética, uma nova consciência moral, voltada para o colectivo.

Para muitas pessoas tudo o que aqui foi dito pode parecer utópico. Mas se não começarmos a agir agora, quando tomaremos uma atitude? Quando todas as espécies estiverem extintas? Quando isso acontecer será demasiado tarde. Mas quem deverá tomar a frente desta batalha? Os nossos governantes? Não, eles estão mais preocupados com o Poder. As crianças? Não, elas estão acostumadas a imitar os adultos, elas aceitam como sendo verdade tudo o que lhes é dito ou imposto. Os velhos? Não, não sabemos escutar os idosos. Os cientistas e estudiosos? Não, pois estão imersos nas suas experiências científicas e não possuem outros interesses além do económico e político. Então, quem? Os educadores, todos, sem excepção. Aqueles que ensinam às crianças, adolescentes e adultos. Todos juntos, com a visão definida por Velasco ²² de interdisciplinar, multidisciplinar, e transdisciplinar, compartilhando experiências e saberes, investigando os seus próprios ensinamentos

²² VELASCO, Sirio Lopez. *Ética de la Liberación*. Campo Grande: Cefil, 1996. Interdisciplinar ou interdisciplinariedade: *significa que as disciplinas em questão, apesar de partirem cada uma do seu quadro referencial teórico-metodológico, estão em situação de mútua coordenação e cooperação e estão engajadas num processo de construção de referenciais conceituais e metodológicos consensuais*; Multidisciplinar ou multidisciplinariedade: *Caracteriza uma situação na qual, embora não exista coordenação entre diversas disciplinas, cada uma delas participa desde a perspectiva do seu próprio quadro teórico-metodológico ao estudo e tratamento de um dado fenómeno* Transdisciplinar ou transdisciplinariedade: *Caracteriza a situação na qual os referenciais consensuais têm sido construídos e propiciam a re-acomodação, com relativa desaparecimento, de cada "disciplina" envolvida no estudo e tratamento do fenómeno considerado*.

conjuntamente com os seus alunos. Todos reunidos num "Só Corpo" utilizando o método que Paulo Freire ²³ denominou de uma leitura do mundo. Esse método serve para aproximar a pessoa do mundo e extrair dele todos os elementos que o compõem. Acreditamos que somente dessa maneira poderemos construir uma nova sociedade, consciente da relação homem/natureza.

CONCLUSÃO

A visão fragmentada do homem de que o mundo é composto por partes isoladas e independentes favoreceu o surgimento das crises com as quais a humanidade convive hoje. Como já foi dito no decorrer do presente trabalho vivemos uma época de grandes transformações e de muitos questionamentos sem respostas. Os nossos valores já não são os mesmos. Estamos em busca de alguma coisa que ainda não sabemos o que é, ou seja, não temos um sentido para a nossa existência. Vivemos um período de vazio existencial. Em suma, sentimo-nos incapazes de mudar o nosso rumo, de construirmos uma história com final feliz.

Em termos tecnológicos o homem realizou muitas conquistas, mas, interiormente, o homem permanece igual. A sociedade moderna não apresenta muitas diferenças relativamente à das cavernas: a sua violência e agressividade são iguais. A crise ecológica/ambiental que estamos a vivenciar é, por enquanto, apenas uma fásca de fogo que pouco a pouco irá alastrar-se, salvo se acordarmos e procurarmos soluções para extingui-la. E isso só será possível se nos unirmos, se estivermos lado a lado, prosseguindo na mesma direcção e em prol do mesmo objectivo.

Fagúndez preconiza que "a natureza sempre oferece uma chance", mas até quando? Será esta chance *ad eternum*? Creio que não. Independentemente deste ou de outro posicionamento, penso que as dificuldades sempre vão existir, pois elas fazem parte do nosso aprendizado individual e colectivo. Contudo, não devemos deixar-nos abalar perante as lutas que actualmente enfrentamos e que ainda iremos travar, ao

²³ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.187.

contrário, devemos perseverar, trabalhar muito, com o pensamento de que somente poderemos atingir um determinado objectivo se estivermos interligados. O homem faz o seu próprio destino, e isso já sabemos. Então, devemos discutir, devemos analisar, devemos questionar tudo o que nos é imposto como sendo verdade, seja por parte dos educadores, dos nossos pais, da ciência, dos media, do Estado, da sociedade, etc. Devemos conhecer-nos melhor a nós próprios e o mundo em que vivemos para só depois viajar para outros mundos. Somente a partir daí poderemos construir a nossa própria verdade e, no final, apontar as possíveis soluções para a construção de uma sociedade igualitária, mais justa e mais humana.

Uma sociedade com um ambiente mais natural e mais humano é uma sociedade com melhor qualidade de vida. Para tanto, apontamos ao leitor um novo paradigma: a consciência holística, que não é assunto novo, já existe e vem sendo aplicada por inúmeras pessoas há milhares de anos. O principal objectivo deste estudo foi demonstrar que por intermédio da visão holística o homem pode tornar-se um ser sintético e analítico, capaz de pôr em prática todo o seu conhecimento, transformando a sua realidade e a do ambiente em que vive. Por isso, necessitamos antes de tudo nos reeducar para que possamos primeiramente auto conhecer-nos e *a posteriori* também possamos entender a nossa relação com os outros seres humanos, com o meio ambiente e com o universo do qual fazemos parte. Portanto, é através da educação que se constrói seres humanos críticos, reflexivos, criativos, dinâmicos e acima de tudo conscientes.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Ruben. A Complicada Arte de Ver. Artigo publicado no periódico “Folha de São Paulo”, versão online, em 26/10/2004. Disponível em: <http://www.folha.com.br>.
- ÁVILA FAGÚNDEZ, Paulo Roney. O Direito e a Hipercomplexidade. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. O Significado da Modernidade. In: Direito Ambiental Contemporâneo. Morato Leite, José Rubens; Bello Filho, Ney de Barros (org.). Barueri, SP: Manole, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federal de 1988.
- CAPRA, Fritjof. O Ponto de Mutação. Trad. Álvaro Cabral. 22 ed. São Paulo, Cultrix, 1999.
- _____, Fritjof. A teia da Vida. Trad. Alvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1996.
- DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. Trad. Eduardo Lúcio Nogueira: Lisboa: Editorial Presença, 2004.
- EINSTEIN, Albert. Como Vejo o Mundo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.
- FILARDI, Luis Antonio. Dicionário de Expressões Latinas. São Paulo: Atlas, 2000.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORATO LEITE, José; ARAÚJO AYALA, Patrick. Transdisciplinariedade e a Proteção Jurídico-ambiental em Sociedades de Risco: Direito, Ciência e Participação. In: Direito Ambiental Contemporâneo. Morato Leite, José, Bello Filho, Ney de Barros (org.). Barueri, SP: Manole, 2004.
- MORIN, Edgar. Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 4.ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2001.
- NERY JÚNIOR, Nelson. In: Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários – n. 1. Brasília: CJF, 1997.
- SERRES, Michel. O Contrato Natural. Paris- França: Bourin, 1990.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- VELASCO, Sirio Lopez. *Ética de la Liberación*. Campo Grande: Cefil, 1996.
- VON IHERING, Rudolf. A luta pelo Direito. Trad. João Vasconcelos. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REGIME PROCESSUAL CIVIL EXPERIMENTAL DE PORTUGAL

A. Silveira Martins¹

Introdução

O novo regime processual civil experimental de Portugal, previsto no Decreto-lei n. 108, de 8 de junho de 2006, inaugurou um procedimento mais simples e flexível para a solução dos dissídios sociais, conferindo efetividade à Resolução do Conselho de Ministros n. 100, de 30 de maio de 2005, que aprovou o Plano de Ação para o Descongestionamento dos Tribunais, precedido de amplo debate público, e entre os principais órgãos do Estado e da sociedade civil, como o Conselho Superior da Magistratura, a Ordem dos Advogados, Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Conselho Superior do Ministério Público, da Câmara dos Solicitadores, do Conselho dos Oficiais de Justiça, a Procuradoria-Geral da República, a Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, a Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, o Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz e o Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia de Coimbra.

O acirrado debate público mostrou-se indispensável para auscultar as opiniões e os anseios sociais emergentes, e materializar soluções. O direito não pode compreender-se desligado da realidade social, ou seja, cultural, religiosa, política, econômica, em que se deve aplicar. Por exemplo, um idêntico conjunto de normas postas em diferentes países exibe neles diferentes modos de ser interpretado e de ser cumprido, porque tais normas levam consigo valores e conceitos susceptíveis de refração e não se reduzem a esquemas formais. Quando perfeito em certo Estado, ao ser transplantado para outro pode se revelar inadequado, por razões sociais e culturais, ou pelo fato de exigir o

problema solução diversa. Um dos méritos das correntes doutrinárias modernas está em terem contribuído para se conceber o ordenamento jurídico, não abstratamente, mas em concreto, com referência a certa sociedade. Ao célebre brocardo *ubi societas, ibi jus*, responde-se hoje com a afirmação *ubi jus, ibi societas*².

Este regime processual experimental confere ao juiz um papel determinante, enquanto responsável pela direção do processo e, como tal, pela sua agilização; também mitiga o formalismo processual civil comum, e insufla no magistrado uma visão crítica das regras, centrada na aceleração, simplificação e flexibilidade dos atos processuais.

A direção do processo incumbe ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal da regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade³.

Os atos de processo não são, aliás, senão cautelas que a lei reputa indispensáveis ou úteis para que se consiga, afinal, com segurança e eficiência, realizar a justiça. Dirigindo-os, deverá o juiz, além do princípio da celeridade, observar aqueles que a sabedoria dos povos aconselha. Assim, e primeiramente, rege o processo o princípio da igualdade entre os contendores. Nos pretórios não se distinguirão pobres ou ricos, grandes ou pequenos, de condição humilde ou de prestígio social. Para os infra-suficientes, todavia, que são os desprotegidos da sorte, se vem reclamando tratamento especial. O Estado tem, por dever, equilibrar, quanto possível, as diferenças sociais⁴.

É fato, entretanto, que o pulsar da vida do direito público é bem mais rápido do que o do direito privado; por outro lado, o pulsar da vida política é ainda

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal, 2006/2007.

² Cfr. Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 107.

³ Assim, Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 270.

⁴ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, pp. 272 e 273.

mais rápido que o do direito público. Mudam mais os governantes que as constituições; mudam mais as constituições que os códigos civis⁵.

1. A nomenclatura adotada pelo decreto-lei 108/2006

A realidade do mundo material é perceptível pelos humanos através dos sentidos, como a visão, o olfato etc. Estas informações exteriores são processadas e transformadas em saber, no pensamento humano. Neste sentido, afirma-se que a existência humana está intimamente subordinada à potencialidade do saber e do pensar individual.

A forma ideal do conhecimento humano é a percepção individual pela experiência, e a dificuldade de se experimentar singularmente o universo das realidades materiais, leva ao caminho forçoso do conhecer pela experiência alheia, transmitida, primordialmente, pelas formas de expressão, dentre as quais, a linguagem. A transferência do conhecimento é, reconhecidamente, uma necessidade instintiva humana. O ser humano é gregário por natureza, vive inserto numa organização social, e vale-se da comunicação lingüística para se interagir.

Por vezes, não raramente, a forma de expressão se demonstra ineficaz ao transpasse do conhecimento humano fiel à experiência, como, por exemplo, a não utilização adequada da terminologia técnica, as características peculiares do próprio idioma adotado etc. É sabido que idiomas que se valem exacerbadamente de palavras providas de sentido vário, que exprimem realidades materiais diversas, padecem de precisão e eficácia desejáveis à transferência do conhecimento humano, bem como o uso excessivo de palavras homófonas.

Assim, a utilização adequada da terminologia técnica continua a ser a maior preocupação do operador do direito, tanto na transferência do conhecimento, como no aprofundamento científico dos estudos humanísticos. Destarte, mister a explicitação do exato sentido técnico

de algumas terminologias jurídicas, que serão objeto de crítica e valoração na apertada síntese que se seguirá.

O direito é um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores. O conceito de direito não pode ser determinado de outra maneira que não seja esta: o conjunto de dados da experiência que têm o sentido de pretenderem realizar a idéia de direito⁶.

Geralmente, a idéia de processo vem associada ao conjunto de atos que por si realizam uma operação química, industrial, ou outra, de natureza qualquer. A palavra inglesa semelhante *process* significa método ou meio para se produzir coisas, ou, ainda, uma série de eventos que produzam mudança ou desenvolvimento⁷.

Para a Ciência do Direito, porém, o processo é a técnica de que vale o Estado para a solução de divergências entre humanos, igualmente, denominadas de intersubjetivas, exprimido o modo pelo qual se resolve a contenda, que pode se configurar entre particulares, pessoas singulares e coletivas, ou mesmo entre o particular que demanda contra o Estado, e vice-versa. As pessoas coletivas gozam de direitos, mas sujeitam-se aos deveres compatíveis com a sua natureza (CRP⁸, art. 12, n. 2).

É sabido que o conceito de ciência não coincide com o conceito de verdade. A ciência dum determinada época abrange tanto a sua conquista positiva como os seus desvarios científicos, e até os seus erros. Contudo, quando se pretende abarcar no conceito de ciência todos os resultados desta, tanto os felizes como os mal sucedidos, é evidente que o faz pelo fato de todos eles representarem, pelo menos, o mesmo esforço para atingir a verdade. Uma coisa, porém, é a verdade, outra coisa o esforço para a alcançar, e por isso pode-se dizer que a ciência não é senão aquele conjunto de dados da experiência que, quer se atinja, quer não, a verdade, têm sempre a significação suprema de pretender estar ao seu serviço⁹.

⁶ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, p. 45.

⁷ “*Password, English Dictionary for Speakers of Portuguese*”, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 411.

⁸ Abreviatura de Constituição da República Portuguesa.

⁹ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, pp. 41 e 52. O autor ressalta ainda que: “A ciência pode ensinar-nos os meios

⁵ Neste sentido, Nuno J. Espinosa, *op. cit.*, p. 15.

Quando a contenda é colocada sob apreciação do Estado, no exercício da função administrativa, o direito processual administrativo é chamado a incidir, mas quando o problema é submetido ao conhecimento dos órgãos detentores de funções judiciais, e provocados a atuar nestas situações, se está diante do direito processual judicial. Ambos, o processo administrativo e o processo judicial têm uma nota característica, sua razão final, dar cobro aos conflitos entre humanos, materializados nas causas administrativas e judiciais, respectivamente.

A técnica processual se vale dos diversos procedimentos administrativos e judiciais, que exprimem os atos sucessivos e concatenados, em regra, de natureza preclusiva, sistematizados pela norma jurídica, e voltados para a obtenção do resultado final do processo, a solução da divergência social com pacificação.

O processo desenvolve-se numa série de atos que vão desde o impulso inicial até a efetiva realização da Justiça. Nesse percurso, a marcha processual, três fases, mais ou menos nítidas, se assinalam, a de postulação e instrução, a decisória e a executiva. As duas primeiras correspondem aos elementos de que se compõe a jurisdição: a *notio*, ou o poder de conhecer das questões; e o *judicium*, o poder de julgá-las. A terceira é corolário lógico das precedentes. Na primeira, tem o juiz por objetivo a verdade; na segunda, a declaração do direito e, por fim, na terceira, a sua efetivação. A convicção da verdade é a certeza, posto nem sempre a verdade e certeza se harmonizam. Tem-se, às vezes, por verdade o que absolutamente o não é. Até as certezas científicas – verdades proclamadas pelos sábios, caem por terra, de quando em quando, derribadas por outras certezas. A fase investigatória é toda destinada a elucidar o juiz, formando-lhe a convicção mediante o emprego de processos lógicos – petições, articulados, razões; ou físicos – exames, inquirições, vistorias etc.¹⁰

O processo é, em primeiro lugar, forma. É a forma prevista por lei para a obtenção de uma tutela, que

não pode ser diretamente obtida pelo sujeito. Mas a forma não existe por si. Existe em função dos objetivos para os quais é pensada e criada. O processo de jurisdição contenciosa pressupõe um conflito relativamente à definição de uma situação jurídica. A ordem jurídica precisa de repor o equilíbrio de posições, que se encontra ameaçado. O processo é destinado à resolução de um conflito surgido na vida de duas ou mais pessoas, que não chegam a acordo quanto ao comportamento a adotar. Com esta eleição da resolução do conflito como fim prioritário do processo afasta-se radicalmente da construção que vê o caso julgado como o fim do processo¹¹.

A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos, bem como o direito à informação e consulta jurídica, ao patrocínio judiciário, e se fazer acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. Principalmente, à solução célere, e mediante processo equitativo, dos conflitos intersubjetivos de que fazem parte (CRP, art. 20, ns. 1, 2 e 3).

A tutela jurisdicional é a pedra angular de defesa dos direitos fundamentais: só quando os direitos podem ser invocados perante os tribunais é possível falar de uma verdadeira proteção destes. A tutela jurisdicional concretiza-se, em primeiro lugar, no reconhecimento de um direito de ação atribuído aos particulares¹².

Aos tribunais cabe a tarefa clássica da defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Os tribunais, porém, não estão apenas ao serviço da defesa de direitos fundamentais; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias efetiva-se ou concretiza-se: (1) através do processo justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da determinação e direção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais¹³.

indispensáveis para a consecução dos fins que devemos procurar”.

¹⁰ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 267.

¹¹ Cfr. Paula Costa e Silva, *op. cit.*, pp. 103 e 104.

¹² Assim, Maria da Assunção, *op. cit.*, p. 161.

¹³ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 444.

O direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado no art. 20 da Constituição da República Portuguesa, no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 14 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civil e Políticos e no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. As doutrinas caracterizadoras do direito a um processo equitativo têm quase sempre como ponto de partida a experiência constitucional americana do *due process of law*. O processo devido é o processo justo de criação legal de normas jurídicas, designadamente das normas restritivas das liberdades dos cidadãos¹⁴.

Pela própria arqueologia do devido processo verifica-se que este se concebia fundamentalmente como um direito de defesa do particular perante os poderes públicos. Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se com uma dupla dimensão: (1) um direito de defesa ante os tribunais e contra todos os poderes públicos; (2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros, i.é, dever de proteção do Estado e direito do particular a exigir essa proteção¹⁵.

Tecidas estas considerações, é chegado o momento de analisar a nomenclatura adotada pelo legislador para exprimir o processo judicial experimental, levado a efeito pelo Decreto-lei n. 108/2006.

O art. 1º do RPCE¹⁶, ao inaugurar o novo regime processual civil experimental, esclarece que "O presente decreto-lei aprova um regime processual experimental aplicável a ações declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a ações especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos".

Regime legal é o mesmo que disciplina jurídica de determinada realidade social. Vale dizer, a nova norma instituída orienta a realidade dos trabalhos forenses, noutras palavras, o andamento dos procedimentos judiciais de jurisdição contenciosa, cuja

natureza existencial reside na litigiosidade dos populares, que batem às portas do Estado, para solução de suas desavenças intersubjetivas.

O novo regime processual corporifica um procedimento civil sumário, mais simples e flexível, com objetivo de dar rapidez, eficiência e justiça na solução dos litígios nos tribunais, garantindo-se aos populares o direito fundamental de acesso ao Judiciário.

É, também, um processo experimental no sentido de que a previsibilidade de reformulação da lei processual, baseada na experiência forense, permite ao legislador testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilidade processuais nele consagrados, antes mesmo de alargar o âmbito da sua aplicação.

Para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei há de assegurar aos populares procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (CRP, art. 111, n. 5).

Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, e no exercício desta função, a eles incumbem assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos populares, bem como reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (CRP, art. 202, ns. 1 e 2).

O poder de julgar pertence à Nação, que o exercita por meio de seus juízes. Chama-se a esse poder jurisdição. A etimologia da palavra é expressiva: *jurisdictio*¹⁷. No juiz, o fazer Justiça é o alvo, a tarefa, a missão, o sacerdócio. O juiz existe para isso. É o agente específico mediante o qual exercita o Estado uma de suas funções essenciais – a função jurisdicional. A palavra Justiça, em linguagem judiciária, significa, comumente, a conformidade com o direito. Confunde-se, nesta acepção, com legalidade. Decidir com justiça será, pois, para o juiz, decidir de acordo com o direito¹⁸.

¹⁴ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 487.

¹⁵ Como diz Canotilho, *op. cit.*, p. 489.

¹⁶ Abreviatura de Regime Processual Civil Experimental.

¹⁷ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 34.

2. O dever interno e supranacional de instalação do novo procedimento judicial

O reclamo social calcado na insatisfação do povo em ver cobro aos conflitos intersubjetivos, estes perfeitamente naturais e inerentes a qualquer forma de organização social, e o custo econômico da efetivação desta atuação estatal, denominada pela comum opinião dos doutores, de exercício da jurisdição, foram as causas determinantes para a instituição do denominado processo judicial experimental, expressamente consignadas na exposição de motivos, que antecede ao Decreto-lei n. 108/2006.

Até porque, nos termos do art. 9º da Constituição da República Portuguesa, constituem dentre as tarefas fundamentais do Estado, garantir a independência nacional e criar as condições políticas, econômicas, sociais e culturais que a promovam, e zelar pelo bem-estar, pela qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais (CRP, art. 9º, alíneas a e d).

A justiça manda tratar como iguais os iguais e diferentemente os desiguais, na proporção da desigualdade; não responde, porém, à pergunta: quais pessoas devem ser tratadas como iguais ou como desiguais; nem à pergunta: como devem ser tratadas? A justiça só determina e só fornece a forma do jurídico, não o seu conteúdo¹⁹.

As preocupações da justiça e da segurança do direito caracterizam o *homo juridicus* de maneiras diferentes e até opostas. A justiça conduz o espírito do homem a tomar perante o direito uma atitude transpositiva e progressiva. A segurança conduz a uma atitude positiva e conservadora²⁰.

Um sentimento jurídico equilibrado é coisa rara. Mas não se deve esquecer que essa raridade não tem apenas como explicação o ser também coisa rara uma consciência equilibrada a acompanhá-lo. O sentimento

jurídico exige, por consequência, uma inteligência viva e ágil, tão capaz de poder elevar-se rapidamente do particular ao geral, como, inversamente, de baixar do geral ao particular. É por isso que o tipo do lutador do direito se caracteriza por um misto curioso de intelectualismo e de paixão²¹.

En todo proceso las partes se hallan situadas en una posición jurídica doble, igual y contradictoria. La posición doble de las partes, o principio de la dualidad de partes, quiere decir que en todo proceso aparecen las partes en dos posiciones, precisamente dos, de manera que no puede haber proceso sin partes, o con una sola parte, ni procesos con tres partes o más. La posición igual de las partes, o principio de la igualdad de partes, significa que la condición de cada parte debe tener un contenido equivalente, es decir, que no pueden diferir en sustancia los deberes y derechos de una parte y otra. La igualdad de las partes es, no obstante, para el proceso un principio instrumental y no un principio final. En la práctica, muchas veces, la igualdad absoluta no es aconsejable, y a veces ni siquiera posible, de donde la diferencia de trato que se observa en cualquier derecho positivo en este punto. La posición contradictoria de las partes, o principio de contradicción de partes, supone que para dar satisfacción a una pretensión es preciso admitir y tener en cuenta la contradicción del adversario. Este principio se contrae a una pura posibilidad y no a una real actualidad: no se trata tanto, en efecto, de que las partes se contradigan de hecho cuando de que cualquiera de ellas tenga la posibilidad, que puede desaprovechar o no, de contradecir²².

A positivação dos direitos naturais, tornando-os direitos civis, na Declaração de Independência e no *Bill of Rights* bem como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a idéia de que os homens são livres e iguais implicou que o fundamento da obrigação política e a idéia de legitimação da ordem política passassem a residir no consentimento dos cidadãos²³.

Na ausência de um catálogo de direitos fundamentais nem por isso o espaço jurídico europeu

¹⁹ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, p. 124.

²⁰ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, p. 209.

²¹ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, pp. 217 e 218.

²² Cfr. Jaime Guasp, *op. cit.*, pp. 178 e 179.

²³ Assim, Maria da Assunção, *op. cit.*, p. 84.

comunitário deixou de encontrar as formas adequadas para atender esta exigência. A articulação do direito constitucional português com o direito europeu comunitário em sede de tutela dos direitos fundamentais é auxiliada pela referência de ambos a matrizes comuns: a Carta da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a participação na Conferência para Segurança e Cooperação na Europa e no Conselho da Europa, as declarações do Parlamento Europeu e do Conselho das Comunidades etc. A que acresce a relevância atribuída pela jurisprudência europeia comunitária aos princípios gerais comuns aos direitos constitucionais dos diferentes Estados-membros²⁴.

O princípio da garantia da via judiciária visa assegurar uma defesa dos direitos segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado. Por isso, a abertura da via judiciária é uma imposição diretamente dirigida ao legislador no sentido de conferir operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais. A defesa de direitos através dos tribunais representa também uma decisão fundamental organizatória, pois o controle judicial constitui uma espécie de contrapeso clássico em relação ao exercício dos poderes executivo e legislativo. Verdaderamente fundamental no princípio da abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos. A defesa dos direitos e o acesso aos tribunais não podem divorciar-se das várias dimensões reconhecidas pela constituição ao catálogo dos direitos fundamentais. O princípio da proteção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da dimensão subjetiva, e alicerça, ao mesmo tempo, um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições jurídicas ilegalmente lesadas²⁵.

A proteção dos direitos fundamentais depende essencialmente do sistema constitucional em que se inserem. Liga-se também a um conjunto de condições económicas, sociais, políticas e culturais que favorecem

a sua realização. Tem a ver com uma determinada concepção do homem, da sociedade e do papel do Estado no reconhecimento dos valores da dignidade e da autonomia da pessoa. A ordem constitucional liberal-democrática constitui já em si um sistema geral de defesa dos direitos fundamentais. Por outro lado, verifica-se um efeito de sentido inverso: os direitos fundamentais servem à caracterização e realização do Estado de Direito democrático²⁶.

É forçoso salientar, ainda, que: *El proceso lleva consigo una serie de gastos que su sola existencia origina y que pueden ser mayores ou menores, según la amplitud, duración y complejidad del mismo, pero que siempre plantean un problema em cuanto al modo de su satisfacción. Todas las actividades de los sujetos que en el proceso intervienen causan esta serie de gastos a que se alude; así, existen gastos para el Estado, que necesita atender a las exigencias económicas que el servicio público de la administración de justicia lleva consigo; gastos para las partes; cuya actividad necesariamente supone un desembolso de riqueza que sin el proceso no se produciría; gastos, en fin, para los terceros, que deben contribuir con su esfuerzo, en mayor o menor grado, al desarrollo de aquél*²⁷.

A par das causas de índole sócio-económicas, concorre outra, de maior transcendência, que é a legitimação popular da administração política, e, neste ponto, reside o cerne da estruturação do Estado moderno.

É equivocado o pensamento daqueles que atribuem a necessidade de legitimação popular à escolha ou eleição do dirigente político estatal, mormente quando, em alguns países, de tradição revolucionária, a aparente aceitação sobrevinha posteriormente ao ato de assunção na função estatal. Não é somente o poder, consubstanciado na possibilidade abstrata de atuação política, que solicita a legitimação popular, mas também a atuação constante do administrador político, não adstrita a um ato singular, mas a ingerências sucessivas na vida dos populares.

O ato político há de ser contrastado com a vontade popular no adentrar e transpor de toda a

²⁴ Cfr. Fernando Paulo da Silva Suordem, *op. cit.*, p. 331.

²⁵ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, pp. 275 e 277.

²⁶ Assim, Maria da Assunção, *op. cit.*, pp. 157 e 158.

²⁷ Cfr. Jaime Guasp, *op. cit.*, p. 583.

delegação política. Tanto estar no poder como exercê-lo carecem igualmente do apoio e aceitação do povo. O poder emana originariamente do povo e em seu nome sempre deverá ser exercido. A alteração do panorama procedimental, como ferramenta estatal de inibição rápida e satisfativa dos populares das divergências intersubjetivas, com pacificação, é elemento confirmador da própria legitimação da administração política atuante no Estado.

É conhecida a formulação de Lincoln quanto à essência da democracia: "governo do povo, pelo povo e para o povo". Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático²⁸.

O preâmbulo constitucional enfatiza que ao se promulgar a Carta Maior a Assembléia Constituinte afirmou a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo, tendo em vista a construção do país livre, justo e mais fraterno.

O Estado é a resultante da existência de uma sociedade complexa e, por sua vez, a causa ou um dos fatores de criação de uma sociedade complexa. A complexidade de organização e atuação consiste em centralização do poder, diferenciação de funções, de órgãos e serviços, além do enquadramento dos indivíduos em termos de faculdades, prestações e imposições. Já a institucionalização do poder significa dissociação entre a chefia, a autoridade política, o poder, e a pessoa que em cada momento tem o seu exercício; fundamentação do poder, não nas qualidades pessoais do governante, mas no Direito que o investe como tal; permanência do poder para além da mudança de titulares, e a sua subordinação à satisfação de fins não egoísticos, à realização do bem comum. Ele também se apresenta como sociedade política sedentária. O território revela-se indispensável para o Estado como referência da comunidade, como sede material do poder, como

²⁸ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 287.

domínio de ação indiscutida, como área de segurança dos indivíduos e das sociedades menores e como instrumento ao serviço dos fins do poder²⁹.

O movimento constitucional desencadeou, no plano doutrinário e político, discussão quanto a dois problemas fundamentais, intimamente relacionados: o problema da soberania e o problema da legitimidade e da legitimação. Trata-se de saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano; trata-se, por outro lado, de obter a justificação da titularidade e exercício desse poder. A soberania deve ter um título de legitimação a ser exercida em termos materialmente legítimos (legitimidade); a legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania. Pode-se dizer, de certo modo, que a questão da legitimidade e da legitimação é o lado interno da questão da soberania³⁰.

A teorização do Estado de direito democrático centrou-se em duas idéias básicas: o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertencente ao Estado. Hoje, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais. Estes princípios e regras estão, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno fazendo parte *of the law of the land*. Nenhum Estado pode permanecer *out*, isto é, fora da comunidade internacional. Por isso, ele deve submeter-se às normas de direito internacional quer nas relações internacionais quer no próprio atuar interno. A doutrina mais recente acentua mesmo a amizade e a abertura ao direito internacional como uma das dimensões que caracterizam o Estado de direito³¹.

Nos estados organizados também em comunidades supranacionais, de caráter associativo e de finalidade cooperativa mútua, a pacificação e estabilidade social interna, bem como a legitimação do governo posto dá cumprimento a obrigações firmadas e empenhadas junto à organização internacional, e

²⁹ Cfr. Jorge Miranda, *op. cit.*, pp. 48 e 49.

³⁰ Assim, Canotilho, *op. cit.*, p. 112.

³¹ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 232.

constituem os pilares fundamentais da continuidade do pacto associativo.

Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos (CRP, art. 7º, ns. 5 e 6).

A União Europeia não é um "Estado" soberano dotado de competências e poderes globais, mas sim uma comunidade de estados dotada das competências que os estados membros, através de tratados internacionais, lhe vão atribuindo. Neste sentido se diz que a Comunidade tem simples competências de atribuição ou dispõe de poderes especificamente conferidos³². Esta União resulta da unificação de três organizações internacionais distintas, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atómica. A primeira foi instituída pelo Tratado de Paris, em 1951, e as outras duas pelo Tratado de Roma, em 1957. As três comunidades foram progressivamente unificadas, e transformadas através do Ato Único Europeu, em 1986, e pelo Tratado de *Maastricht*, em 1992³³.

Em realidade, a Europa está em constante formação. É uma invenção, constantemente reinventada; o projeto inacabado, sempre em construção. Só uma geografia que ignore a história poderia conferir à Europa uma fronteira fixa e definida. E só uma história que ignore a si mesma lhe poderia conferir única e invariável identidade, seja cultural, económica ou religiosa. A Europa sempre foi investida de sentidos múltiplos e contraditórios que a transformaram no tempo e deslocaram no espaço. A história da Europa é a de duas tensões. Uma externa, a da fronteira oriental. Outra interna, a do conflito entre duas tendências: para a unidade e para a dispersão. Por isso a união, quando se tentou, foi sempre uma construção política. Para a Antiguidade, que nos legou a palavra Europa, esta era uma noção geográfica; nunca a pensou em termos políticos. Quer na Grécia clássica quer no mundo romano, o centro político não era a Europa, mas o

Mediterrâneo. A Idade Média operou o deslocamento. A queda do Império Romano do Ocidente e o Islã provocaram uma dupla ruptura: Ocidente – Oriente e Norte – Sul, fazendo coincidir a Europa com o Ocidente. Deste movimento nasce a primeira tentativa de unificação europeia, o Império de Carlos Magno, unificação esta sob o princípio religioso, tentativa de uma *Respublica Christiana*. Mas nem o Império nem o Papado resistem à força centrífuga da dispersão que modificará radicalmente a idéia da Europa. Contra uma Europa cristã proliferam reinos bárbaros, poderes feudais e, enfim, a construção dos Estados. No século XVI, com a Reforma e a divisão entre católicos e protestantes, o sonho universalista da Cristandade sucumbe ao jogo frio do poder dos Estados. Força e razão de Estado serão doravante os princípios reguladores da política europeia³⁴.

3. A vigência e aplicação do procedimento judicial experimental

3.1. Generalidades normativas

Antes de se adentrar no âmbito de vigência e aplicabilidade do procedimento judicial experimental, apontado no Decreto-lei n. 108/2006, deve-se estabelecer a diferenciação de vigência e aplicação da norma jurídica em geral.

A lei ganha existência na sociedade após sua exposição pública, ato denominado de publicação, ou seja, ato de tornar público o conteúdo do texto legal. A aplicação de seus comandos pode, porém, encontrar delimitações de índole temporal, territorial etc. Toda lei, para ter aplicação, deve vigor, mas nem toda lei vigente é aplicável imediatamente.

São atos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais (CRP, art. 112, ns. 1 e 2), e todos devem ser publicados no jornal oficial, o Diário da República (CRP, art. 119, n. 1, alínea c). A falta de publicidade dos referidos atos normativos implica a sua ineficácia jurídica (CRP, art. 119, n. 2).

³² Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 365.

³³ Cfr. Canotilho, *op. cit.*, p. 816.

³⁴ Cfr. Nuno Severiano, *op. cit.*

O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática, de forma que a validade das leis e dos demais atos do Estado depende da sua conformidade com a Constituição (CRP, art. 3º, ns. 2 e 3).

Por vezes, entre o tornar público o comando legal e o dever de observância aos seus ditames, insere-se um intervalo determinado no tempo, que pode se exprimir em horas, dias ou até anos, usualmente destinado à adaptação dos populares e do próprio Estado à nova realidade normativa, na condição de subordinados ao comando impositivo. Os antigos romanos denominavam este intervalo temporal de *vacatio legis*. Esta definição se manteve no decorrer das ordenações jurídicas posteriores, que guardaram alguma afinidade com as aquelas instituições.

A lei deixa de vigor quando revogada por outra posterior, de forma que este ato pode realizar-se expressamente, quando assim textualmente manifeste, ou implicitamente, quando a nova ordem jurídica divergir, substancialmente, do comando pretérito, a despeito de não fazer menção especial à norma revogada. Esgota sua vigência também nos casos em que colocada a vigor por tempo determinado ou para atender a certas situações de natureza transitória, sobrevêm estas condições.

Há casos em que a norma vigente não se aplica porque depende da realização de outra, que lhe sucederá temporal e logicamente. Fica dependente, desta forma, de outra realidade jurídica de regulamentação legislativa. Esta necessidade de regulamentação nem sempre é de aferição simples, ora a própria lei assim a exige, ora o contexto legal impõe.

Algumas leis aguardam não só pela a existência de outra regulamentadora, mas da materialização de atos da administração pública, como, por exemplo, a construção de um prédio para atendimento público, a abertura de uma linha de transporte público etc., para a realização do comando abstrato da norma. Afinal de contas, de que valem as normas do processo judicial, à falta das instalações e do funcionalismo necessário à materialização da jurisdição. Vale dizer, qual a

importância da vigência, sem possibilidade material de aplicação.

É certo, ainda, que nenhuma lei pode conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos (CRP, art. 112, n. 5), e os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão (CRP, art. 112, n. 7). Os dispositivos constitucionais fazem referência à vigência da norma jurídica, e não à sua aplicabilidade, portanto, os atos complementares de regulamentação podem disciplinar a aplicação.

Ultrapassadas as considerações iniciais, torna-se importante esclarecer o termo de vigência do Decreto-lei n. 108/2006, e a aplicabilidade do processo judicial experimental.

3.2. A vigência do processo judicial experimental

Ele vigora em todo o território nacional a contar da sua publicação no Diário da República, em 8 de junho de 2006, ocasião em que se procedeu à exposição pública do conteúdo do texto legal, incorporado no Decreto-lei n. 108/2006. Aqui se acentua a distinção entre vigência e aplicação da lei. Vigora, portanto, em todo o território nacional, mas aplica-se, restritivamente, a determinadas situações e localidades, conforme se verá.

O n. 2 do art. 20 do RPCE prevê a possibilidade de revisão do diploma legal, nos seguintes termos: "O presente decreto-lei é revisto no prazo de dois anos a contar da data da sua entrada em vigor".

O processo judicial experimental não é uma norma temporária ou excepcional, cuja vigência final se subordinaria a intervalo temporal ou para atender a situações de natureza efêmera, mas, sim, uma norma colocada a vigor por prazo não determinado previamente, e para revogá-la, necessário se faz a edição de outra lei revogadora.

Há de ressaltar que o poder de legislar não se subordina a critérios temporais ou circunstanciais, a par das limitações constitucionais, para eleger a manutenção

ou revogação de dada disposição legal, podendo ser revista a qualquer tempo. Este poder legislativo provém imediatamente da Constituição da República Portuguesa, não podendo ser delimitado ou suprimido pelo legislador ordinário, e sempre há de ser garantida a respectiva avaliação legislativa autônoma ou por intermédio de outros órgãos. Neste aspecto, o n. 1 do artigo 20 do Decreto-lei n. 108/2006 esclarece que "Durante o período de vigência do presente decreto-lei é garantida a respectiva avaliação legislativa através dos serviços do Ministérios da Justiça competentes para o efeito".

Insere-se dentre os poderes parlamentares, o de apresentar projetos de lei e fazer perguntas ao Governo sobre quaisquer atos deste ou da Administração Pública e obter resposta em prazo razoável, salvo o disposto na lei em matéria de segredo de Estado (CRP, art. 156, alíneas *b* e *d*). Compete também à Assembléia da República fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo e, no exercício da função fiscalizadora, apreciar, para efeito de cessação de vigência ou de alteração, regra geral, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais (CRP, art. 161, alínea *c*, e art. 162, alínea *c*).

3.3. A aplicação do procedimento judicial experimental

O art. 1º do RPCE preceitua que: "O presente decreto-lei aprova um regime processual experimental aplicável a acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos".

O procedimento judicial experimental aplica-se, pois, à solução de lide de natureza civil. A distinção entre lide civil e penal é meramente de grau, de forma que aquela tem carácter residual, ou seja, é considerada como controvérsia de natureza civil toda aquela não regulada pelo Direito Penal. Ficam, assim, excluídas as lides penais; o Decreto-lei n. 108/2003 disciplina as acções cíveis, cujas lides versem sobre direito civil *stricto sensu*, comercial, consumidor etc.

*Entre materia civil y penal la distinción no ofrece, en principio, graves dificultades, porque la pretensión punitiva ha de fundarse en normas de naturaleza penal y éstas son fácilmente caracterizables. En principio, la jurisdicción civil se delimita objetivamente comprendiendo todas y solas las pretensiones de esta clase. O sea que abarca todas las pretensiones fundadas en normas de derecho privado: no sólo las civiles stricto sensu, sino también las mercantiles, hipotecarias, notariales y así sucesivamente*³⁵.

Igualmente, do âmbito de aplicação do procedimento sumário experimental, ficam excluídas aquelas matérias afetas à disciplina do Direito Processual Penal, e também as pretensões que, para serem exercidas judicialmente, careçam de procedimento especial, descrito no direito processual codificado e em leis especiais.

O regime processual experimental aplica-se às acções declarativas cíveis, nos termos do seu art. 1º. Não se pode descurar que existem pretensões declarativas, executivas e cautelares. O n. 2 do art. 4º do Código de Processo Civil Português prevê que: "As acções declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas". Portanto, o provimento de simples apreciação, também denominado declaratório, é uma realidade diametralmente oposta das acções declarativas, que culminam provimentos de simples apreciação, de condenação ou constitutivo.

Por sua vez, o art. 22 do RPCE preceitua que: "O presente decreto-lei aplica-se às acções e aos procedimentos cautelares propostos a partir de 16 de outubro de 2006 e às acções resultantes da apresentação à distribuição de autos de injunção a partir da mesma data". A disposição, todavia, não sugere uma identidade típica entre o exercício do direito de acção, do procedimento cautelar ou de injunção.

O direito de acção é exercido quando o legitimado invoca a tutela estatal para intervir na solução de um litígio, e a invoca junto ao Poder Judiciário, já que aquele direccionado a outras funções do Estado não exprime o exercício da jurisdição na acepção restrita.

³⁵ Cfr. Jaime Guasp, *op. cit.*, p. 114.

Exercem-na aquele que a invoca, mesmo que sua pretensão material seja principal ou meramente assecuratória daquela, no caso da ação cautelar. Entenda-se, assim, que há de ser aplicado o procedimento judicial experimental às ações declarativas não disciplinadas em procedimento especial, às ações cautelares preparatórias ou incidentais daquelas ações, independentemente da denominação utilizada, e às ações de injunção.

O denominado processo de injunção foi introduzido no ordenamento jurídico português pelo DL³⁶ n. 404, de 10 de dezembro de 1993 e destinou-se a, sem intervenção jurisdicional, conferir título executivo ao credor de obrigação pecuniária emergente de contrato cujo valor se contivesse dentro do limite do processo sumaríssimo.

O referido DL n. 269/98 revogou o DL n. 404/93 e deu uma regulamentação mais completa à injunção, mas no essencial manteve o seu regime e natureza original. No direito processual a injunção não resulta de uma decisão judicial, ao contrário do que sucede no CPC³⁷ francês. O que se pretendeu foi abrir as portas da execução, criando um novo título executivo, sem com isso impedir a ampla discussão do direito do credor.

Por conseguinte, o procedimento de injunção não tem natureza jurisdicional.

O procedimento de injunção finda, convertendo-se em ação declarativa quando se verifique alguma das três hipóteses previstas no art. 16 do citado DL n. 269/98: (a) ter sido deduzida tempestivamente oposição pelo requerido; (b) frustrada a notificação do requerido; e (c) no âmbito do procedimento de injunção, hajam suscitado alguma questão incidental, sujeita a decisão judicial, nos termos do n. 2 do art. 16.

A conversão em ação declarativa processa-se mediante regular distribuição. Neste sentido, ver a decisão do Col. Supremo Tribunal de Justiça Português, quando do julgamento do Processo n. 0031718, de relatoria do Em. Juiz Leonel Serôdio, unânime, data do Acórdão 22/2/2001.

³⁶ Abreviatura de decreto-lei.

³⁷ Abreviatura de Código de Processo Civil.

O art. 22 do RPCE traz ainda uma limitação temporal para aplicação, ou seja, embora vigente desde 8 de junho de 2006, o Decreto-lei 108/2006 se aplica às ações apresentadas à distribuição, a partir do dia 16 de outubro do mesmo ano, inclusive.

É suficiente a apresentação do pedido inicial na distribuição, não exigindo a lei que o ato de distribuir tenha ocorrido no mesmo dia, ou ainda tenha o pedido inicial logrado alguma manifestação judicial. Portanto, não contemplou a possibilidade de aplicação do novo processo judicial experimental aos procedimentos em andamento.

O legislador poderia ter avançado, admitindo a aplicação do novo processo judicial também aos procedimentos já em curso, desde que observados os atos processuais já praticados e as preclusões operadas, tendo em vista a regra de aplicação da norma ao tempo da formação do ato – *tempus regit actum*.

O processo judicial experimental foi colocado sob vigência e possibilidade de aplicação em todo o território nacional, incumbindo à autoridade executiva, para lhe conferir aplicabilidade, estabelecer, administrativamente, os órgãos judiciais que adotarão o novo regime jurídico, dentro dos limites funcionais e territoriais de atuação destes. O critério que limita territorialmente a aplicação da norma é secundário e conseqüente da organização judiciária de cada tribunal, que também é estabelecida com atenção a imperativos constitucionais e legais, e à competência funcional dos órgãos judiciais.

Neste sentido, os ns. 1 e 2 do art. 21 do RPCE preceituam que: "1 - O presente decreto-lei aplica-se nos tribunais a determinar por portaria do Ministro da Justiça. 2 - Os tribunais a que se refere o número anterior devem ser escolhidos de entre os que apresentem elevada movimentação processual, atendendo aos objetivos de acção predominantes e actividade económicas dos litigantes".

A rigor, trata-se de uma norma jurídica sujeita a regulamentação, que condiciona sua aplicação à edição da portaria do Poder Executivo, ou seja, do implemento de outra realidade jurídica. É, também, um exemplo típico de norma que depende da materialização de atos

da administração pública, para a realização do comando abstrato da norma. As normas do processo judicial se tornam inaplicáveis à falta das instalações e do funcionalismo necessário à materialização da jurisdição. Nesta seara, não há que se considerar a mera vigência do instituto, mas a sua aplicabilidade real e efetiva.

O poder de regulamentação ao Decreto-lei n. 108/2006 do Ministro da Justiça, por sua vez, não é ilimitado; a parte final do n. 2 do art. 21 do RPCE impõe limitações materiais, uma de carácter objetivo, isto é, ligado ao objeto da ação, e outra, subjetiva, afeta à atividade econômica dos litigantes. A limitação material de aplicação do processo judicial experimental deve atender, deste modo, ao objeto da ação e atividade econômica dos litigantes.

Constitui objeto da ação o pedido do autor e a causa de pedir, noutras palavras, a pretensão de direito material e as razões de fato e de direito que lhe dão suporte argumentativo, a exemplo de uma causa que envolva relação de consumo.

Por sua vez, a atividade econômica, que pode ser comercial, industrial, dentre outras, relaciona-se a um ou ambos os litigantes. É imprescindível que aquilo que se busca solucionar guarde correlação temática com a atividade econômica desempenhada. Não se pode aplicar o procedimento judicial experimental à ação ajuizada em desfavor de um comerciante, só pelo fato de ele pertencer a esta categoria profissional, mas pela razão de estar inserto em uma relação ou situação jurídica havida em virtude desta qualidade elementar.

Enfim, são limitações materiais à autoridade administrativa, que não poderá baixar regulamentação para aplicabilidade do procedimento sumário experimental, que não atendam ao objeto da ação e à atividade econômica dos litigantes, além daquelas constantes do art. 1º e 22 ambos do RCPE.

Frise-se que o legislador delegou ao órgão executivo o poder de regulamentar a escolha dos órgãos judiciais que procederão à aplicação do processo judicial experimental, bem como de precisar as circunstâncias materiais específicas de incidência da jurisdição. Não há que se vislumbrar, nesta liberalidade legislativa, qualquer vício de inconstitucionalidade material ou

formal, e a assertiva decorre da interpretação *contrario sensu* do n. 5 do art. 112 da Constituição da República Portuguesa.

Há de ressaltar que os órgãos judiciais escolhidos pela portaria devem claudicar de elevada movimentação processual. Entenda-se que esta movimentação processual se refira à excessiva demanda local pela tutela jurisdicional, e não a reiteração de manifestações judiciais nos casos concretos, que interessam proximamente aos dados estatísticos dos tribunais.

Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria criminal, excluídos do âmbito de aplicação do novo regime, e cíveis. Exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais. Na primeira instância pode haver tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas (CRP, art. 211, ns. 1 e 2).

O regime processual civil experimental tem aplicação, no presente momento, nos seguintes tribunais: a) Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Almada; b) Juízos Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto; c) Juízos de Pequena Instância Cível do Tribunal da Comarca do Porto; e d) Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca do Seixal. Estas localidades, conhecidamente, agregam elevado número de causas que envolvem relação de consumo.

4. Fontes normativas subsidiárias do processo judicial experimental

O regime processual civil experimental, apesar da alusão à especialidade, consubstancia-se num direito processual comum, porque não colocado a vigor para a disciplina das ações judiciais específicas, tal qual ocorre com as possessórias.

O processo judicial experimental tem aplicabilidade geral a todas as causas abrangidas pela competência material, funcional e territorial traçadas pela lei e pelo regulamento, com a peculiaridade de não se encontrar inserto na legislação codificada, e traçar

procedimento sumário para apuração e solução dos litígios judiciais.

Conseqüentemente, há o procedimento comum – ordinário, sumário e sumaríssimo –, previsto no CPC; o procedimento comum sumário, descrito no Decreto-lei n. 108/2006; e o procedimento especial previsto no CPC e na legislação esparsa, que faz referência às ações declarativas cíveis a que corresponda processo especial e outras ações especiais. Não é, o novo regime processual civil, uma norma jurídica que enceta um processo especial, por tal razão, o art. 1º do RPCE exclui da sua incidência as ações a que correspondem procedimento especial ou ações especiais.

O processo sumário e os processos especiais regulam-se pelas disposições que lhes são próprias e pelas disposições gerais e comuns; em tudo quanto não estiver prevenido numas e noutras, observar-se-á o que se acha estabelecido para o procedimento ordinário (CPC, art. 463, n. 1).

Assim, afigura-se fonte subsidiária do processo judicial experimental, as normas constante do procedimento ordinário, previstas no CPC, desde que não haja regulação própria e exaustiva no diploma sumário e guardem compatibilidade com os princípios informadores e peculiares do sistema, como o da celeridade, da eficiência, da oralidade, da informalidade, da simplificação, da flexibilização etc. Informam-no, ainda, as normas e os princípios constitucionais, a exemplo dos princípios do devido processo legal e os corolários lógicos da ampla defesa e do contraditório.

5. O rito estabelecido ao processo judicial experimental

5.1. Introdução

O rito processual pode se resumir em quatro fases distintas: a) de postulação – pedido inicial e resposta do réu (RPCE, art. 8º); b) de saneamento das nulidades processuais e decisão das exceções dilatórias (RPCE, art. 10, n. 1, alínea *a*); c) de tentativa de conciliação e concentração das provas – audiência preliminar (RPCE, art. 10, n. 2, alínea *a*); e d) de

instrução das provas a serem realizadas na presença do juiz, partes e seus procuradores, debates orais e julgamento (RPCE, art. 10, n. 2, alínea *b* e art. 14).

5.2. A fase postulatória do processo

Na petição inicial, o autor expõe a sua pretensão e os respectivos fundamentos através dos articulados, mas estes podem ser dispensados nas causas em que o patrocínio judiciário não seja obrigatório. Incumbe ao autor, quando da petição inicial, requerer a gravação da audiência final ou a intervenção do coletivo, apresentar o rol de testemunhas e requerer outras provas, além de discriminar os fatos sobre os quais recaem a inquirição de cada uma das testemunhas (RPCE, art. 8º, ns. 1 e 4).

Ao juiz não incumbe tomar a iniciativa da propositura da ação – *ne procedat judex de officio*. Haverá sempre um autor, que ponha em juízo a demanda. A fórmula dos processualistas é que três pessoas são essenciais ao processo: juiz, que julgue; autor, que demande e o réu, que se defenda. Não poderá conceder coisa diversa, nem mais, do que houver sido pedido, salvo, é claro, o que por lei estiver implícito. Igualmente, lhe é defeso alterar a *causa petendi*³⁸.

A personalidade judiciária consiste na susceptibilidade de ser parte (CPC, art. 5º, n. 1) e, regra geral, quem tiver personalidade jurídica tem igualmente personalidade judiciária (CPC, art. 5º, n. 2), com extensão aos casos previstos no art. 6º do CPC.

O *jus postulandi*, de peticionar nos tribunais em nome das partes, porém, é deferido aos advogados, que se especializaram no estudo da ciência jurídica e ingressaram, na forma legal e regimental, nos quadros da organização profissional. Há exceções, raríssimas, mas a regra da obrigatoriedade da intervenção do profissional habilitado, insere-se no n. 1, alíneas *a* a *c* do art. 32 do CPC.

Os articulados são as peças em que as partes expõem os fundamentos da ação e da defesa e formulam os pedidos correspondentes (CPC, art. 151).

³⁸ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, pp. 274 e 275.

O ato postulativo é o ato através do qual a parte formula um pedido ao tribunal. Tanto é ato postulativo aquele através do qual a parte requer ao tribunal que conheça de uma questão de fundo, como é ato postulativo aquele em que a parte formula o pedido de conhecimento de uma questão meramente processual. A postulação dirige-se ao tribunal, mas a parte contrária tem de tomar conhecimento do ato, quer através da sua citação para ação, quer através da sua notificação. Estes dois atos contam-se entre os atos processuais a que a lei dá maior ênfase quanto às formalidades que devem revestir³⁹.

A peça inaugural necessita ser distribuída no setor administrativo apropriado, quando o expediente judicial adota uma numeração e é relacionado à espécie. A legislação codificada prevê 10 espécies de distribuição, dentre elas, de ações do processo ordinário (1), ações de processo sumário (2), ações de processo sumaríssimo e ações especiais para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (3), ações de processo especial etc. O Decreto-lei n. 108/2006 previu a criação da 11ª espécie na distribuição, nos termos do n. 2 do art. 4º, relativa aos expedientes por ele regidos. A distribuição é efetuada diariamente e aplica-se a todos os papéis sujeitos a distribuição (RPCE, art. 4º, ns. 1 e 3).

Embora existam respeitáveis opiniões contrárias, o que se depreende da sistemática do Decreto-lei comentado, é que também as cautelares carecem também de regular distribuição, relacionadas à espécie nova. Inteligência dos ns. 1, 2 e 3 do art. 4º do Decreto-lei n. 108/2006. O Código de Processo Civil Português não contempla o referido ato de distribuição, relativamente às ações cautelares, mas não pode ser invocado, tendo em vista a disciplina autónoma da matéria pelo Decreto-lei.

É aconselhável que o juiz defira prazo razoável para que o autor regularize os requisitos formais da petição inicial distribuída em descompasso às exigências do art. 467 do CPC, ainda que o rito experimental não discipline a questão, e somente no caso de não cumprimento a este comando judicial, extinguir a

relação processual, já que esta sentença não obstará ao autor a repetição da ação. Incide, na espécie, o princípio da economia processual. O juiz pode até ordenar a secretaria que pratique esta alternativa, valendo-se do permissivo constante do art. 474 do CPC. Assim, o n. 1 do art. 234 do CPC, que defere ao juiz poderes para indeferir liminarmente a petição deve ser aplicado ao processo judicial experimental com a devida parcimônia.

Em termos a peça inicial, isto é, considerada admissível tecnicamente, sobrevém o ato de citação do réu, para, querendo, apresentar resposta, no prazo de 30 dias, que pode consistir na prática das seguintes condutas: a) omissiva, de ausência pura e simples de qualquer manifestação, b) reconhecimento, por parte do réu, da autenticidade das alegações do autor, c) contestação da ação, com repúdio total ou parcial às alegações do autor, d) apresentação de reconvenção à ação já ajuizada (RPCE, art. 8º, n. 2).

A citação é o ato pelo qual se dá conhecimento ao réu de que foi proposta contra ele determinada ação e se chama ao processo para se defender. Emprega-se ainda para chamar, pela primeira vez, ao processo alguma pessoa interessada na causa (CPC, art. 228, n. 1), e deve se fazer acompanhar sempre de todos os elementos e de cópias legíveis dos documentos e peças do processo necessários à plena compreensão do seu objeto (CPC, art. 228, n. 3).

O ato de citação consiste em uma comunicação pessoal ou por edital. Para efeito da lei processual comum, de aplicação subsidiária, consideram-se comunicações pessoais: a) as citações postais; b) as citações por contato pessoal do funcionário judicial com o citando; e c) a citação promovida por mandatário judicial, *ex vi* dos arts. 245 e 246 do diploma legal (CPC, art. 233, n. 2, alíneas *a a c*, e n. 3). Pode, ainda, efetuar-se a citação na pessoa do mandatário constituído pelo citando, com poderes especiais para a receber, mediante procuração passada há menos de quatro anos (CPC, art. 233, n. 5). A disposição do n. 4 do art. 233 do CPC, que equipara, em havendo previsão legal específica, à citação pessoal aquela efetuada em pessoa diversa do citando, encarregando-lhe de transmitir o conteúdo do ato, com presunção relativa da sua comunicação

³⁹ Cfr. Paula Costa e Silva, *op. cit.*, pp. 211 e 217.

oportuna e efetiva, deve ser evitada pelo juiz, sob pena de eivar o procedimento judicial de nulidades insanáveis, especialmente relacionadas aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O ato de citação implica a remessa ou entrega ao citando do duplicado da petição inicial e da cópia dos documentos que a acompanharem, comunicando-lhe que fica citado para a ação a que o duplicado se refere, e indicando-se o tribunal, juízo, vara e seção por onde corre o processo, se já tiver havido distribuição (CPC, art. 235, n. 1). No ato de citação, indicar-se-á ainda ao destinatário o prazo dentro do qual pode oferecer a defesa, a necessidade de patrocínio judiciário e as cominações em que incorre no caso de revelia (CPC, art. 235, n. 2).

Quaisquer meios de comunicação processuais comuns se valem para a efetivação da citação no regime processual experimental, devendo o juiz priorizar a citação levada a efeito por carta postal, sendo a que melhor se coaduna com o informalismo e a celeridade pretendidos no novo processo judicial experimental. As citações por via postal são enviadas diretamente para o interessado a que se destinam, seja qual for a circunscrição em que se encontre (CPC, art. 176, n. 3).

Frustradas as tentativas usuais de citação pessoal, ou prontamente inviáveis, procede-se à citação por edital do réu, quando incerto o lugar em que se encontra (CPC, art. 248, n. 1). O processo judicial experimental disciplinou a citação por edital, o que, em princípio, afasta a aplicação da legislação codificada (RPCE, art. 5º, n. 1). Ela é feita pela publicação de anúncio em página informática de acesso público, em termos a regulamentar por portaria do Ministro da Justiça (RPCE, art. 5º, n. 2). Quando o autor indique o réu como ausente em parte incerta, é também afixado edital na porta da casa da última residência que o citando teve no País (RPCE, art. 5º, n. 3). No caso de citação edital por incerteza das pessoas e quando estas sejam citadas como herdeiras ou representantes de pessoa falecida, é também afixado edital na porta da casa da última residência do falecido, se for conhecida, e no País (RPCE, art. 5º, n. 4).

Eventual ausência de regulamentação por portaria do Ministro da Justiça não pode constituir, neste caso, óbice para a implementação do processo judicial experimental, e a citação por edital do réu deve ser levada a efeito nos moldes da legislação codificada, até o implemento do ato normativo complementar.

Por fim, há falta de citação: a) quando o ato tenha sido completamente omitido; b) quando tenha havido erro de identidade do citado; quando se tenha empregado indevidamente a citação edital; c) quando se tenha empregado indevidamente citação edital; d) quando se mostre que foi efetuada depois do falecimento do citando ou da extinção deste, tratando-se de pessoa coletiva ou sociedade; e e) quando se demonstre que o destinatário da citação pessoal não chegou a ter conhecimento do ato, por fato que não lhe seja imputável (CPC, art. 195, alíneas *a a e*). Também a não observância das formalidades prescritas na lei acarreta a nulidade da comunicação do ato de citação (CPC, art. 198, n. 1). Porém, a intervenção da parte contrária, sem arguição imediata do vício de citação, convalida a nulidade do procedimento judicial (CPC, art. 196).

Incide, ainda, no novo regime experimental, o princípio da informalidade, o que impõe um modo diferente de o juiz conhecer as coisas, por anos habituados a assistir prosperar as formas em detrimento da pretensão material dos populares. Há de aflorar, com o porvir, uma visão estatal "sanchesca" – enquanto Sancho vê moinhos, Don Quijote enxerga gigantes –, contextualizada na obra *Don Quijote de la Mancha*, de autoria do espanhol Miguel de Cervantes. Leva a crer, pois, que o juiz deva atentar-se menos à formalidade excessiva do pedido inicial, e mais ao que se pretende junto ao Judiciário, desde que não importe tal ato em prejuízo ao exercício do direito à defesa da parte contrária. Ainda que tenha mais liberdade, porém, não poderá o juiz dispensar a observância das normas legais.

Na contestação deve o réu individualizar a ação e expor as razões de fato e de direito por que se opõe à pretensão do autor (CPC, art. 488), e consideram-se admitidos os fatos que não forem impugnados, salvo se estiverem em oposição com a defesa considerada no seu conjunto, se não for admissível confissão sobre eles ou

se só puderem ser provados por documento escrito (CPC, art. 490, n. 2). As exceções dilatórias e nulidades processuais devem ser alegadas na contestação, sob pena de preclusão. As demais nulidades processuais, de caráter absoluto, a qualquer momento, ou ser conhecidas *ex officio* pelo juiz, até o julgamento (RPCE, art. 10, n. 1, alínea *a*).

Nos casos das alíneas *a* e *b*, acima descritas, quando citado, o réu se ausenta pura e simples de qualquer manifestação, ou reconhece a autenticidade das alegações do autor, o juiz conhece imediatamente do mérito da causa, julgando-a. Ressalte-se que a ausência de contestação, tratada na alínea *a*, importa confissão dos fatos articulados pelo autor (CPC, arts. 480 e 484).

Na previsão da alínea *c*, em havendo contestação da ação, com repúdio total ou parcial às alegações do autor, sendo a matéria estritamente de direito, ou de fato e de direito, mas já estiver suficientemente comprovado, o juiz conhece do mérito da causa, julgando-a conforme o estado do processo. Caso contrário, quando o panorama probatório não o autorizar a tanto, o juiz, aquilutando a real necessidade, ordena a prática das diligências ou dos atos necessários à instrução do procedimento em curso (RPCE, art. 10, n. 2).

Por fim, no caso da alínea *d*, em virtude da contra-ação proposta pelo réu, abre-se nova oportunidade para que o autor da ação já ajuizada apresente sua resposta, seguindo-se os passos previstos nas abordagens anteriores (RPCE, art. 8º, n. 3). O réu pode, em reconvenção, deduzir pedidos contra o autor (CPC, art. 274, n. 1), e a improcedência da ação e a absolvição do réu da instância não obstam à apreciação do pedido reconvenicional regularmente deduzido, salvo quando este seja dependente do formulado pelo autor (CPC, art. 274, n. 6). A reconvenção deve ser expressamente identificada e deduzida separadamente na contestação, expondo-se os fundamentos e concluindo-se pelo pedido, tal qual ocorre com a petição inicial da ação já proposta (CPC, art. 501, n. 1). Incumbe, ainda, ao reconvinente, atribuir valor à reconvenção, devendo o juiz atentar-se ao fato (CPC, art. 501, n. 2). Compete ao tribunal da ação a análise das questões deduzidas por via

de reconvenção, desde que tenha competência para elas em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia, se a não tiver, absolve-se o reconvinido da instância, extinguindo-a sem análise do mérito (CPC, art. 98, n. 1).

A rigor, somente nestas ocasiões são deferidas às partes a dedução dos articulados, sob pena de reduzir-se o procedimento experimental às mesmas vicissitudes do procedimento ordinário. Neste sentido, há de ser interpretado o n. 3 do art. 8º do Decreto-Lei n. 108/2006 que preceitua: "Só há lugar a resposta quando o réu deduza reconvenção ou a ação seja de simples apreciação negativa, dispondo o autor do prazo previsto no número anterior".

5.3. A fase de saneamento do processo

Estabelecida a relação processual, com a citação do réu, e transcorrido o prazo para a sua manifestação facultativa, a lei impõe ao juiz o dever de proferir sentença, conhecendo do mérito da causa, se o estado do processo o permitir, ou proferir despacho saneador. Este despacho saneador, na realidade, é uma decisão do juiz, levada a efeito no curso do procedimento, com objetivo de solucionar as exceções dilatórias e as nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que devam ser apreciadas oficiosamente (RPCE, art. 10, n. 1, alíneas *a* e *b*).

A figura do despacho saneador encontrou forma no direito austríaco e no direito português. Não há no direito grego, romano, medieval, ou de outras nações, a não ser essas, disposição que lhe constitua antecedente. Visa o despacho saneador: a) expurgar o processo de quaisquer irregularidades, que poderiam, de futuro, invalidá-lo; b) declarar, desde logo, as nulidades, para poupar às partes o prosseguimento de processo antecipadamente condenado; c) determinar as diligências necessárias ao esclarecimento da causa⁴⁰.

⁴⁰ Assim, Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 281. Para este autor, o adjetivo saneador não foi bem escolhido. É termo de higiene. Está empregado, sem vantagens, em sentido figurado, quando se tem na língua portuguesa, duas ou três expressões próprias para indicar a função - despacho ordinatório, por exemplo.

Esta fase processual consubstancia-se na alínea *a* do n. 1 do art. 10 do RPCE, quando determina ao juiz que, transcorrida a postulação das partes, profira despacho saneador para conhecer de eventual exceção dilatória e de nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que deva apreciar oficiosamente.

Na realidade, incumbe ao juiz atentar-se ao saneamento das nulidades processuais durante todo o transcorrer do procedimento judicial, e não à determinada altura, o que evidencia a pouca utilidade da figura do despacho saneador, ou decisão interlocutória das exceções dilatórias e de saneamento de nulidades processuais. Pior, dá oportunidade para criar incidentes no processo susceptíveis de insurreição pela via recursal, e que podem, a final, evidenciar carácter meramente protelatório. É sabido que, neste aspecto, o procedimento sumário experimental não afastou a incidência das normas processuais comuns, em especial aquelas que disciplinam os recursos judiciais em geral.

Melhor seria que se adotasse de duas oportunidades, uma, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias de forma autónoma, e sim quando da interposição do recurso contra a sentença, ou a remessa desta atividade decisória para as preliminares da sentença. Nestes casos, ficaria ressalvado às partes o direito à revisão daquilo decidido, e que, porventura, contrariasse seus interesses particulares, em tempo razoável.

5.4. A fase de tentativa de conciliação e da concentração das provas

Por conseguinte, o juiz convoca as partes e seus procuradores para audiência preliminar. A assentada tem dupla finalidade: (a) concitar as partes a se acordarem, que é o ideal da aplicação da justiça com pacificação social; (b) em não logrando êxito na tarefa conciliatória, delimitar a matéria de fato a ser objeto da instrução processual (RPCE, art. 10, n 2, alínea *a*).

Incitar as partes ao consenso, embora não claramente evidenciado pelo regime experimental, é um dever do juiz, a quem incumbe adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa,

adotando os mecanismos de agilização processual previstos na lei em geral (RPCE, art. 2º, alíneas *a* e *c*).

A alínea *a* do n. 1 do art. 508 do Código de Processo Civil Português, coloca em evidência o carácter conciliatório do encontro das partes e do juiz na assentada preliminar, prevendo que ela se destina, dentre outros fins, à realização da tentativa de conciliação.

É aconselhável, a despeito da não objetividade da norma processual, que mesmo nos casos em que a causa já se encontre apta a ser julgada, conforme o estado do processo, o juiz proceda à designação desta audiência preliminar, e aproxime as partes para um acordo que, em última análise, é a melhor forma de composição de um litígio com pacificação social. Contudo, frustrado o intento, incumbe ao juiz impor criteriosamente o comando estatal, a sentença.

Assim, evidenciada ou não a possibilidade de julgamento imediato da causa, incumbe ao juiz convocar as partes em audiência preliminar para concitá-las a transigir e, em não logrando êxito nesta atuação, concentrar a matéria de fato, que realmente interessa como objeto de produção da prova; afinal de contas, a realização da prova não visa o deleite das partes, e, sim, o convencimento do julgador, que dela se valerá para a solução da questão posta a decidir (RPCE, art. 10, n. 2, alínea *a*).

Esta função pacificadora do juiz, de intermediário das partes conflitantes, para fins conciliatórios, não foi literalmente evidenciada pelo legislador, mas pode se inferir quando da interpretação do art. 2º do RPCE, e é inerente ao dever do juiz de gestão processual. Frise-se, a lei não impõe ao juiz o dever de designar a audiência preliminar das partes e de seus procuradores para tentativa de conciliação, nos casos em que se admite o julgamento da causa conforme o estado do processo, mas também, não o proíbe. Pode o juiz adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e ao conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, e aplicar mecanismos de agilização processual (RPCE, art. 2º, alíneas *a* e *c*).

Importa salientar que, em se tratando de ação cautelar, pode o juiz, prevenindo o acionamento da ação

principal ou o julgamento daquela já proposta, levar as partes ao consenso, ao acordo judicial, ainda que os limites da transigência extrapolem a pretensão inicial meramente acautelatória. A conciliação das partes importa na celebração de um negócio jurídico, que pode esgotar a pretensão idealizada para a ação principal, portanto, extra-autos, sujeita à homologação por sentença, nos termos do art. 16 do DL n. 108/2006.

Por tal razão, e pelo primado da oralidade que informa o processo judicial experimental, não se pode admitir a aplicação das alíneas *a* e *b* do n. 1 do art. 508 do CPC, que autoriza ao juiz, em certas circunstâncias de fato e de direito, dispensar a realização da audiência preliminar; até porque, o regime experimental não contemplou esta disposição.

Avulta-se a importância da outra tarefa do magistrado, de zelar pela concentração da prova, garantindo que não sejam praticados atos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório (RPCE, art. 2º, alínea *b*, e CPC, art. 137, *caput*). Nesta delicada apreciação, que pode ser decisiva para a efetivação da justiça, ou, contrariamente, à inutilidade do procedimento por vício de nulidade decorrente de cerceamento ao direito de defesa, há de prevalecer o bom-senso das partes, dos procuradores e, principalmente, do juiz, a quem compete o exame final da necessidade do ato. Até porque, do indeferimento de eventual coleta de prova, o mais provável é a instalação de um incidente recursal. Todo incidente processual, num procedimento expedito, qualquer que seja a sua natureza, é danoso à normal marcha procedimental.

Concluída a fase da audiência preliminar, passa-se à designação da audiência final de instrução probatória dos atos a serem praticados à presença do juiz, das partes e seus procuradores, tais como, a tomada de testemunhos, culminando-se com o julgamento da causa. Assim, finda a instrução probatória, e ultrapassadas as discussões da matéria de fato e do aspecto jurídico da causa, o juiz profere sentença (RPCE, art. 14, n. 3).

5.5. A fase de instrução e de sentença do processo

Na realidade, não há uma fase de instrução propriamente dita. Ela pode iniciar-se quando da própria postulação inicial, quando, por exemplo, o autor faça juntar à inicial algum documento para corroborar alegações; pelo réu, quando a juntada da prova vem socorrer a resposta apresentada. No curso do procedimento judicial experimental pode o juiz ordenar a prática das diligências ou dos atos necessários e adequados ao fim do processo em curso, atentando-se ao princípio constitucional da legalidade, e a marcação do dia e a hora das diligências é sempre efetuada mediante acordo prévio com os mandatários judiciais, só podendo, estes oporem à data proposta em virtude de outro serviço judicial já marcado, que devem indicar expressamente; ademais, os contatos prévios necessários podem ser efetuados por qualquer meio, mas, obtido o acordo quanto à ocasião, a data da diligência há de ser notificada a todos os que nela devam intervir (RPCE, art. 10, ns. 2, 3 e 4). Instruir o processado é o mesmo que muni-lo de elementos necessários ao julgamento da causa.

Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório (CPC, art. 365, n. 1). Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio (CPC, art. 266, n. 1).

Dentre as formas e comunicação de atos processuais previstos na legislação codificada, a comunicação telefônica para convocação ou desconvocação para atos processuais, é a que mais se compraz ao procedimento sumário experimental (CPC, art. 176, n. 6).

Os despachos judiciais e as promoções do Ministério Público hão de ser proferidos no prazo de 10 dias, e aqueles considerados urgentes, proferidos no prazo máximo de 2 dias (CPC, art. 160, ns. 1 e 2)

De toda a prova colhida em favor de uma das partes, impõe-se o conhecimento da parte contrária acerca do conteúdo e da realização, com oportunidade de contra-prova, desde que devidamente requerida a tempo e modo, sendo esta uma das nuances do princípio do contraditório. Os meios de defesa, por sua vez, não de ser amplos, com deferimento de toda a prova solicitada pela parte e admitida pelo direito, que não espelhe procedimentos inúteis, impertinentes ou meramente dilatórios, o que deve ser prontamente coibido pelo juiz (RPCE, art. 2º, alínea b).

Normalmente, a prova deve ser produzida com a inicial e a defesa, especialmente aquelas aptas a serem prontamente levadas aos autos para corroborar as afirmações dos litigantes. As outras, como a prova pericial, a prova testemunhal etc, que carecem da intervenção do juiz, desde que requeridas oportunamente, não de ser colhidas no transcurso do procedimento, até no decorrer da audiência de instrução, e antes do julgamento da causa (RPCE, art. 14, n. 3), com vistas à regra de que a instrução tem por objeto os fatos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova (CPC, art. 513, *caput*).

No sistema jurídico português não há cogitar nem de provas plenas ou semiplenas, nem de hierarquia legal das provas, salvo os casos expressamente indicados em lei. É certo, porém, que umas possuem ou adquirem em dadas circunstâncias, mais vigor lógico que as outras. Um documento, por exemplo, convence mais do que um testemunho e se for um instrumento público se reveste, pela intervenção da autoridade, de maior prestígio que o particular, o que não impede se consiga, às vezes, mediante prova testemunhal, destruir a força do documento público, mostrando que foi obtido por dolo, erro, violência ou coação. Tudo será, porém, muito relativo, a não ser no caso em que a lei fixa a prova cabível e única.

Quanto à realização da prova testemunhal, o procedimento judicial limitou a oitiva a 10 testemunhas, para prova dos fundamentos da ação, aplicando-se igual limitação aos réus que apresentem a mesma contestação, inclusive a limitação é igualmente

imposta à ação reconvenção (RPCE, art. 11, ns. 1 e 2). Sobre cada fato que se propõe provar, a parte não pode produzir mais de três testemunhas, excluindo as que tenham declarado nada saber (RPCE, art. 11, n. 3). As testemunhas não de ser apresentadas pelas partes, salvo se a parte que as indicou requerer, com a apresentação do rol, a sua notificação para comparecimento ou inquirição por teleconferência (RPCE, art. 11, n. 5).

A prova testemunhal é a mais generalizada. Às vezes, a única possível. Por ser indispensável, ainda, que falha, a lei a colocou sob a direta proteção do juiz – o juiz que inquirir. Inquirir bem, para obter a verdade, toda a verdade e só a verdade, não é fácil tarefa. Um juiz inábil não conseguirá tirar duma testemunha mais que declarações ambíguas ou sem importância; outro mais hábil induzirá o mesmo indivíduo a fazer declarações precisas e decisivas. As testemunhas se afastam da verdade não só quando não a querem revelar, como ainda quando não o podem fazer, sob o influxo de causas múltiplas cujo estudo forma um capítulo interessante da Psicologia – a psicologia do testemunho. Conduzindo com habilidade o depoimento, certas falhas das testemunhas são superadas. Até as psíquicas. A memória, por exemplo, não raro claudica. A testemunha vai contar o que viu e ouviu passados dias, meses ou anos, quando o tempo terá diluído algumas impressões e baralhado outras. Cabe ao juiz prestar auxílio. Com cuidado o deverá fazer para que, involuntariamente, não vá insinuar a quem depõe⁴¹.

Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos fatos por meio de arbitramento ou inspeção, pode o depoimento, o arbitramento ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação (CPC, art. 520, *caput*).

O n. 1 do art. 12 do RPCE, que contempla o depoimento testemunhal prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, com indicação da ação a que respeita e do qual conste a relação discriminada dos fatos a que assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas, deve ser admitido, até porque a lei assim faculta, mas a valoração

⁴¹ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, pp. 288 e 289.

há de carecer de extremo cuidado. Enquanto os fatos relatados, nestes moldes, no depoimento, não forem objeto de impugnação da parte adversa, não se evidencia nulidade alguma, à falta de alegação de prejuízo – *pas de nullité sans grief*. Mas sempre que invocada sua confirmação em juízo, sob o crivo do contraditório, nos termos do n. 3 do mesmo artigo, há de ser deferida, inclusive com a oportunidade de reperguntas às partes.

Por outro lado, a confissão sempre foi reputada prova excelente – *regina probationum*, pois não é contrário à natureza alguém afirmar contra si fato que não seja verdadeiro. Mas nem sempre, o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Indícios e presunções constituem a prova indireta. Presunção é a consequência ou ilação que a lei ou o juiz tira de fato conhecido para deduzir a existência de outro que se pretenda provar. Indício é a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra, ou outras circunstâncias. Indícios têm força convincente, quando vários, concordes, concludentes, mas quando permitem explicação diferente, apenas levantam suspeitas. Não são aptos para conduzir à certeza⁴².

São as presunções legais ou comuns, segundo resultam da lei ou das circunstâncias. As legais são *juris et de jure* e *ad juris tantum*. As presunções *juris et de jure* não admitem prova em contrário. As *ad juris tantum* apenas transferem o *onus probandi*. Quem a tiver por si, não precisará provar o que alegue⁴³.

Também as presunções naturais dispensam prova: o que está no comum dos acontecimentos presume-se. O extraordinário prova-se. Surge daí a chamada prova *prima facie*, na qual se incluem as máximas da experiência e até certas normas de interpretação. Ninguém exigirá prova quando se afirma um fato que está patente a todos ou que resulte dessas

noções elementares que se têm sobre coisas vulgares da vida – tempo, distância, fenômenos atmosféricos etc. Que o sol não brilha a noite, por exemplo, é fato indiscutível. Que a voz humana não alcança a quilômetros de distância é fora de toda a controvérsia⁴⁴.

Os fatos notórios podem ser invocados, posto, nos autos, não se tenha feito prova sobre eles. O notório dispensa prova. A regra vem do Direito Canônico – *notoria non egent probatione* –, e se funda num princípio de economia processual: se a prova tem por fito levar a certeza ao espírito do juiz, por que insistir quando a convicção já está formada assim para os que vão julgar a causa, como para toda a gente. Desprezar o notório seria dar razão àquela afirmativa irônica de que o processo é a arte de ignorar metodicamente o que é de todos conhecido. O conhecimento isolado, porém, que tenha o juiz do fato não constitui notoriedade⁴⁵.

Por fim, é chegado o momento crucial e que coroa toda a razão final do processo judicial, o julgamento. Finda a produção de prova, a discussão da matéria de fato e do aspecto jurídico da causa, realiza-se oral e simultaneamente o julgamento (RPCE, art. 14, n. 3).

Os juízes têm o dever de administrar justiça, proferindo despacho ou sentença sobre as matérias pendentes e cumprir, nos termos da lei, as decisões dos tribunais superiores (CPC, art. 156, n. 1). As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo hão de ser sempre fundamentadas (CPC, art. 158, n. 1).

Sob a égide do processo judicial experimental, evidenciando o princípio da oralidade e da celeridade processual, se impôs ao juiz, estando apto, o dever de exarar sentença oralmente, ditada para a ata (RPCE, art. 15, n. 3). Somente nos casos de manifesta complexidade se posterga o ato final para o recôndito dos gabinetes, e, ainda assim, deverá ser exarada dentro de 30 dias da conclusão (CPC, art. 658, *caput*).

A legislação codificada, quanto aos requisitos formais e materiais da sentença, assim dispõe: a) a sentença começa por identificar as partes e o objeto do

⁴² Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 311.

⁴³ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁴ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 317.

⁴⁵ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 319.

litígio, fixando as questões que ao tribunal cumpre solucionar (CPC, art. 659, n. 1); b) seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os fatos que considerados provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final (CPC, art. 659, n. 2); e c) na fundamentação da sentença, o juiz tomará em consideração os fatos admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida e escrito e os que o tribunal coletivo deu como provados, fazendo o exame crítico das provas de que lhe cumpre conhecer (CPC, art. 659, n. 3).

A prolação da sentença, que é o trabalho de máximo relevo do ofício do juiz, deverá ser precedida do estudo dos fatos, que se debateram na causa, e das normas de direito convináveis à espécie. Apreciando fatos, o juiz exercita os seus conhecimentos de ordem geral e atua com os atributos que lhe são pessoais de perspicácia, de bom senso, de objetividade etc., mas restringir-se-á ao que conste dos autos – *quid non est in actis, non est in mundo*. As provas poderão ser carreadas aos autos por iniciativa dos litigantes ou determinadas pelo juiz, mas será defeso a este, na sentença, tirar conclusões com apoio em circunstâncias ou fatos a que os autos não façam referência⁴⁶.

Quanto ao aspecto meramente formal da sentença não houve alteração com o advento do novo regime experimental; continua se compondo do relatório, do fundamento e do dispositivo; porém, materialmente não, incumbe, agora, ao juiz decidir a matéria colocada à apreciação, podendo a discriminação dos fatos provados e não provados ser feita por remissão para as peças processuais onde estejam contidos (RPCE, art. 15, n. 1). Se o réu não contestar, a fundamentação pode consistir na simples adesão aos fundamentos apresentados pelo autor, quando destes resultem as razões de fato e de direito em que se funda a sentença (RPCE, art. 15, n. 4). Se o juiz aderir a um acórdão de uniformização de jurisprudência, pode limitar-se a remeter para os seus fundamentos, indicando o local da sua publicação em jornal oficial (RPCE, art. 15, n. 5).

A regra inserta no n. 2 do art. 158 do CPC, que veda ao juiz aderir, como razão de decidir da sentença, aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição (contestação), afigura-se inaplicável ao procedimento civil experimental.

As linhas fronteiriças da sentença estão, precisamente, na sua extensão maior, fixadas pelo pedido. Se a sentença o exceder, decidindo *ultra petita*, será nula na parte sobressalente, salvo se for matéria em que possa o juiz proceder de ofício. Se a sentença conceder coisa diferente – *extra petita*, será igualmente nula⁴⁷.

O estilo da sentença deve ser cuidado. O aprimoramento da linguagem facilita a veiculação das idéias e revigora os meios de convencimento. Pode o juiz, se a tanto lhe ajudar o engenho e arte, dar contorno elegante a cada frase. A elegância não se opõe à simplicidade. Coexistem uma e outra, e até bem vai que se associem⁴⁸.

Até porque, a sentença é o contraponto da linguagem do direito, esta é, como se sabe, uma linguagem fria. Renuncia a toda a nota sentimental. É áspera. Renuncia também a toda a indicação de motivos. É sóbria e concisa, renunciando igualmente a toda a doutrinação das pessoas a quem se dirige. Assim se explica a pobreza intencional do chamado estilo lapidar que serve para exprimir com uma clareza inexcusável a forte consciência que o Estado tem de si mesmo quando ordena⁴⁹.

Considerações finais

A tutela judicial buscada pelos populares junto aos tribunais é tutela de ação efetiva, no mundo das coisas. A sentença sem execução material de seus comandos não satisfaz os imperativos sociais, não pacifica. De pouco adianta o Estado conhecer dos litígios, dar o seu ponto de vista, e não satisfazer, com o mesmo empenho, eficiência e rapidez, a pretensão de direito material. Enquanto não reconhecido socialmente

⁴⁶ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, pp. 313 e 314.

⁴⁷ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 352.

⁴⁸ Cfr. Mário Guimarães, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁹ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, p. 223.

o direito de alguém, achacado por outrem, a pretensão individual não basta de uma expectativa, de uma esperança em ouvir do forte, do Estado, razão lhe assiste. Agrava não fazer uso do bem da vida já reconhecido como de direito pelo Judiciário.

A empreitada resultará em edificação sólida, responsável. Mas é preciso ir além da dialética, dos embates contraditórios, dos processos legais equitativos. É preciso mostrar e entregar o de direito ao povo, esta é a essência da jurisdição, função e fragmento do poder maior, a soberania estatal. O próximo passo importante ao desenvolvimento evolutivo do processo equitativo, que, em última análise, disciplina o próprio aprimorar da organização social, é debruçar especial atenção na execução efetiva dos julgados; prometer menos e comprometer-se, principalmente.

*Pretensión de ejecución es, distintamente, aquella en que lo que se pide al órgano jurisdiccional no es la emisión de una declaración de voluntad, sino una manifestación de voluntad, esto es, la realización de una conducta, no ideal, sino material o física*⁵⁰.

Há de ser reconhecido a todos o direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão estatal, para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, de modo a obter tutela efetiva, e em tempo útil, contra ameaças ou violações destes direitos.

Bibliografia

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª edição, Livraria Almedina.

DA SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ESTEVES, Maria da Assunção Andrade. *A Constitucionalização do Direito de Resistência*. Lisboa: AAFDL, 1989.

COSTA E SILVA, Paula, *Acto e Processo - O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos*. Local: Editora, 1961.

Guimarães, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdiccional*. Local: Forense, 1958.

MIRANDA, Jorge, “*Manual de Direito Constitucional*”, Coimbra Editora Ltda., Vol. I, 1982.

Radbruch, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Editor, Sucessor, 1979.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais*, Coimbra: Almedina, 1995.

TEIXEIRA, Nuno Severiano, *A Invenção da Europa, Expresso Revista*, local da publicação, 1992.

_____. *Password, English Dictionary for Speakers of Portuguese*, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

⁵⁰ Cfr. Jaime Guasp, *op. cit.*, p. 229.

O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO

Karla Polina Albuquerque Silveira¹

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Greve; 1.1. Histórico da evolução da greve; 1.2. Conceito e natureza jurídica; 2. O servidor público; 2.1. Conceito; 2.2. Sindicalização do servidor público; 2.3. Negociação coletiva do servidor público; 3. Greve no serviço público; 3.1. Breve histórico; 3.2. Eficácia do artigo 37, VII, da Constituição da República de 1988; 3.3. Competência para a criação da lei específica; 3.4. Competência para dirimir conflitos nos casos de greve de servidores públicos; Conclusão; Referências*

Introdução

A Constituição de 1988² conferiu aos servidores públicos direitos que antes só eram assegurados aos trabalhadores de regime privado. O Direito Coletivo do Trabalho teve seus institutos reconhecidos e ampliados na nova Constituição, em resposta às reivindicações das diversas classes de trabalhadores do país, incluindo os servidores públicos.

Neste trabalho propõe-se a análise crítica da legislação vigente e dos fatos, para que, de forma lógica, possamos chegar a uma conclusão.

Esse trabalho se iniciará com a abordagem sobre a etimologia da palavra greve e tecendo o seu conceito. Adiante, abordaremos o serviço público, os agentes públicos e sua classificação.

Será debatido, também, os institutos da negociação coletiva e da sindicalização do servidor público, de forma geral, diante da estreita relação com o instituto da greve.

Será traçado um breve relato histórico da greve no serviço público, desde a sua proibição expressa até a sua consagração pelo ordenamento jurídico constitucional.

De extrema importância é a análise de eficácia

¹ Advogada, Mestranda em Ciências Jurídicas – Direito das Sociedades – na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Art. 37, VI e VII da Constituição da República.

do artigo 37, inciso VII, da Constituição da República devido à sua divergência na doutrina e na jurisprudência.

A questão, por mais que venha sendo discutida, deve ainda combater dois pontos: inércia do legislador desde a promulgação da Carta de 1988, não regulamentando o exercício da greve do servidor; e, em especial, a resistência de nossos juristas em aceitar o exercício do direito de greve que já representa conquista dos servidores.

A regulamentação do dispositivo trará conseqüências positivas para a sociedade, que é destinatária dos serviços prestados pela Administração Pública, uma vez que a greve não é apenas um direito que espera por regulamentação do seu exercício, mas um fato vivenciado por toda a sociedade brasileira.

1. Greve

1.1 Histórico da evolução da greve

Pode-se afirmar que a greve, como fato social, sempre existiu na história como uma forma de reivindicar melhores condições de trabalho.

Mesmo na época em que o trabalho era predominantemente escravo, sabe-se de movimentos de libertação, que não deixam de ser reivindicações para melhores condições de trabalho.

Sergio Pinto Martins³ afirma que a greve foi encarada de três formas diferentes durante a história em geral no mundo ocidental. Segundo este autor a greve num primeiro momento, foi considerada um delito. Era terminantemente proibida na Antiguidade, Direito Romano, na França até Napoleão III e na Inglaterra até 1824.

Com o liberalismo, os ideais de liberdade de trabalho se desenvolvem e a greve passa a ser tolerada. Nesse momento a greve não é permitida, mas também não é punida.

Por fim, nasce o sindicalismo revolucionário que acredita na greve como a única forma para solucionar os problemas dos trabalhadores. O sindicalismo reformista

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Greve do Servidor Público. São Paulo: Atlas, 2001.

admite a greve, mas tenta antes a negociação coletiva.

Observa-se que a greve é conceituada tendo como referência as relações de caráter privado. Quando se tratar de relações de trabalho que envolva o Estado, o instituto não é integralmente aceito até mesmo nos países de tradição democrática.

Adiante serão trazidas as justificativas dadas pela doutrina e jurisprudência para resistir na aplicação do instituto nas relações entre servidor e Administração Pública.

1.2 Conceito e natureza jurídica

Segundo Sérgio Pinto Martins⁴, a palavra greve é originária do termo em francês *grave*, que significa graveto, cascalho. Isso porque uma praça em Paris, às margens do rio Sena, se enchia de gravetos e cascalhos em decorrência das enchentes do rio. Exatamente nesta praça os operários se reuniam para discutirem acerca de suas condições de trabalho. Foi justamente por planejarem a suspensão do trabalho, a fim de obterem êxito em suas reivindicações, nesta praça com muitos gravetos, que surgiu o termo greve.

Antes a greve era considerada apenas um fato social, sem regulamentação no Direito. Com a ampliação de seus feitos, surgiu a necessidade de seu estudo e previsão no mundo jurídico.

A greve basicamente se deflagra quando o trabalhador, insatisfeito com alguma condição de trabalho, comunica o fato ao empregador, mas não obtém êxito na realização de um acordo, a partir daí surge a greve.

O conceito de greve depende de cada legislação. Ela poderá ser entendida como direito ou liberdade, no caso de ela ser admitida, ou como delito, no caso de ela ser proibida.

Observa-se aqui o conceito de greve segundo alguns autores:

Paul Durand⁵ conceitua a greve como “*toda interrupção de trabalho, de caráter temporário, motivada por reivindicações suscetíveis de beneficiar todos ou*

⁴ Op. Cit.

⁵ DURAND, Paul. La greve et le lockout em droit français: lê droit du travail dans la communauté. Luxemburgo: Communauté Européen du Charbon et de l'Acier, 1961.

parte do pessoal e que é apoiada por um grupo suficientemente representativo da opinião obreira” Alexandre de Moraes⁶ define a greve como “*um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados”*.”

Na lição de Mozart Victor Russomano⁷, greve é a “*suspensão transitória de serviço, provocada pela maioria dos trabalhadores de uma empresa ou de uma categoria profissional, tendo por finalidade a alteração ou criação de condições de trabalho”*.”

Mozart Victor Russomano⁸ explica ainda que a definição se apresentará incompleta caso o direito admita outros tipos de greve, como de protesto e de solidariedade. Falta também a relação dos requisitos formais para a configuração da greve, que dependem da legislação de cada país.

Acertada é a definição de Maurício Godinho Delgado⁹:

seria a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando a defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos.

Na legislação brasileira, a greve consiste em um direito coletivo (direito social dos trabalhadores), pois só o grupo, que é o titular do direito, que poderá fazer greve. Sendo assim, a greve é uma técnica de pressão no direito coletivo do trabalho com o objetivo de se chegar à negociação coletiva.

Segadas Vianna¹⁰, após relacionar o conceito de greve de vários autores, conclui: “*por tudo isso, reafirmamos que a greve é meio, mas não um fim”*.”

Concluindo-se, a greve pode ser definida como

⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20.

⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. Princípios Gerais de Direito Sindical. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.247.

⁸ Op. Cit.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 1404.

¹⁰ VIANA, 2002, p. 227.

um instrumento de pressão social, em que os trabalhadores, mediante uma paralisação total ou parcial da prestação de serviços, de forma temporária, tentam avançar no trato social dos contratos individuais ou coletivos ou obrigar o cumprimento das normas já estipuladas em lei, convenção coletiva ou acordo coletivo.

2. O servidor público

2.1 Conceito

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ define agente público como: “*agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta*”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² ainda divide os agentes públicos em três categorias, quais sejam:

- agentes políticos;
- servidores públicos
- particulares em colaboração com o Poder

Público.

Agentes Políticos:

Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ em ponto de vista seguido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, conceitua de forma restrita, assim:

agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado. Nessa visão, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e os respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado), os Senadores, os Deputados e os Vereadores.

Servidores Públicos:

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴ define Servidor Público como:

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e

às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem:

- 1-os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
- 2-os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público;
- 3-os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art.37,IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Servidores públicos são os sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos, pertencentes à Administração Direta, a Autarquias e as Fundações Públicas.

Empregados públicos são aqueles contratados sob o regime trabalhista, também denominados de celetistas, e ocupantes de emprego público. Em regra, pertencente às empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Servidores temporários são os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, com base no art. 37, IX da Constituição da República. Exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Sérgio Pinto Martins¹⁵, defende que apenas os servidores públicos ocupantes de cargos públicos, pertencentes à Administração Direta, Autarquias e Fundações Públicas, do Poder Judiciário, e da esfera administrativa do Poder Legislativo, cuja relação jurídica não é contratual, mas institucional, adesiva ou funcional é que ficam impedidos de fazer greve enquanto não houver a lei específica sobre greve no serviço público.

2.2 Sindicalização do servidor público

A intervenção da Administração nos diversos setores da vida social faz com que seja impraticável a imposição unilateral das condições de trabalho para um serviço tão importante à coletividade.

A sindicalização dos servidores públicos é uma

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 422.

¹² Op. Cit.

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁴ Op. Cit. p.424.

¹⁵ Op. Cit.

tendência universal, pois, sem a presença dos sindicatos, as reivindicações dos servidores ficam sem produzir efeitos, e muitas vezes, cominam em greves ilegais, que não propiciam satisfação aos objetivos dos grevistas e prejudicam a população.

A Convenção nº 87 da Organização Internacional do trabalho, de 1948, reconhece o direito da organização tanto para trabalhadores quanto para os empregadores. O seu artigo 2º estabelece que “*os trabalhadores e os patrões, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito de constituir, sem autorização prévia, organização de sua escolha, bem como o de se filiarem a estas organizações, sob a única condição de se conformarem com seus estatutos*”.

A Convenção nº 151, de 1978, também dispõe sobre a sindicalização, estendendo-a ao serviço público.

No direito brasileiro a sindicalização era expressamente proibida no art. 566 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que afirma: “*Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais*”.

Em 1985, foi acrescentado o parágrafo único que fez exceção à regra geral:

Parágrafo único. Excluem-se da proibição constante deste artigo os empregados das sociedades de economia mista, da Caixa Econômica Federal e das fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados e Municípios.

Além da previsão de livre associação no artigo 8º da Constituição da República, obtiveram êxito os servidores com a inclusão dos direitos de sindicalização e de greve, senão vejamos:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores

interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado ao sindicato;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII – o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VI – é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

No nível infra-constitucional, o direito à livre associação é previsto no art. 240 da Lei 8.112/1990¹⁶:

Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:

3.de ser representado pelo sindicato, inclusive como substituto processual;

4.de inamovibilidade do dirigente sindical, até um ano após o final do mandato, exceto se a pedido;

5.de descontar em folha, sem ônus para a entidade sindical a que for filiado, o valor das mensalidades e contribuições definidas em assembléia geral da categoria.

¹⁶ Cabe ressaltar que esta é uma lei federal.

Saliente-se que as alíneas asseguram direitos decorrentes da livre associação sindical, que não são taxativas, permitindo o reconhecimento de outros dispositivos supervenientes.

2.3 Negociação coletiva do servidor público

A negociação coletiva no serviço público também é uma tendência moderna no mundo.

A Constituição de 88 prevê no artigo 7º, XXVI, “o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. A Consolidação das Leis Trabalhistas, no artigo 611, também dispõe acerca das convenções e acordos de trabalho.

A doutrina e a jurisprudência, contudo, não têm aceitado a possibilidade de negociação coletiva dos servidores com o Estado, por não haver previsão expressa na Constituição sobre a permissibilidade de adoção desse instituto no serviço público.

Apesar da Lei 8.112/1990 em seu art. 240, alínea d, dispor sobre esse instituto, foi declarada a inconstitucionalidade deste dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal.

A maioria da doutrina repele a possibilidade de se realizar negociação coletiva com base nos seguintes argumentos:

O primeiro argumento refere-se ao artigo 39 da Constituição da República, que relaciona os direitos sociais dos servidores públicos através da enumeração de alguns incisos do artigo 7º do mesmo diploma legal. Nessa relação, não está presente o inciso XXVI, que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho.

O segundo argumento funda-se na competência constitucional privada do Poder Executivo para propor projetos de lei acerca de reajustes remuneratórios e criação de cargos, empregos e funções públicas. (art. 61, § 1º, II, a, CR).

Ademais, a Constituição prevê em vários artigos a fixação de subsídios para os servidores públicos e agentes políticos (art. 96, II,b; 127, § 2º; 39; 49, VII e VIII; 27, § 2º; 28, § 2º; 29, V e VI).

Invoca-se, ainda, os princípios da Administração

Pública, como o princípio da legalidade, da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços públicos.

O princípio da legalidade consiste na observância da ordem jurídica. A negociação coletiva choca-se esse princípio, já que a concessão de qualquer vantagem, benefício ou reajuste somente se opera por lei.

O princípio da supremacia do interesse público também é invocado para demonstrar que o interesse privado dos servidores públicos não pode prevalecer sobre o interesse da coletividade.

Invoca-se também o princípio da continuidade dos serviços públicos, que infere que os serviços essenciais não podem deixar de ser prestados à comunidade.

Outro argumento utilizado na maior parte da doutrina é a de que há previsão de requisitos para concessão de reajustes e limites de gastos com pessoal.

A criação de cargos bem como o reajuste da remuneração ou concessão de vantagens devem passar por prévia dotação orçamentária e por autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. (art. 169, § 1º e art. 21, I, Lei 101/2000).

O último argumento levantado consiste na previsão de teto das remunerações e subsídios pela Constituição, que impediria o sucesso de uma negociação coletiva, que versasse sobre o aumento de remuneração ou a concessão de subsídios.

Como crítica a esses argumentos, Antônio Álvares da Silva¹⁷ afirma que a Constituição recepcionou o artigo 611 da Consolidação das Leis Trabalhistas, mas realmente o inciso XXVI no artigo 7º da Constituição não se refere ao serviço público, que necessita de condições especiais e tratamento diferenciado do setor privado.

Para o autor, a previsão constitucional dos direitos de sindicalização e de greve do servidor público é uma evidência de que a convenção coletiva, instrumento da negociação coletiva, também é permitida.

A exclusão do inciso XXVI, artigo 7º da Constituição, no rol dos direitos sociais do servidor público não implica na negativa da realização da negociação coletiva. Significa que a negociação coletiva

¹⁷ SILVA, Antônio Álvares da. Os Servidores Públicos e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993.

com o Estado deve ser feita diferentemente da negociação do setor privado.

No que se refere a remuneração e criação de cargos, o fato de constituírem matérias de competência privada na Constituição, não impedem a negociação coletiva. Para que a negociação seja possível deve-se alterar o seu modo de realização. Uma boa solução apresentada por Antônio Álvares da Silva¹⁸, é a criação de um órgão ou conselho, composto pelos representantes dos servidores, do Poder Executivo e do Congresso, que procedesse à negociação e encaminhasse ao Presidente da República, que, por fim, apresentaria a proposta de lei nos termos acordados. Caso a Lei não fosse realmente publicada, os servidores teriam a greve como meio legítimo de ação.

A fixação de teto para os subsídios não inviabiliza a negociação coletiva, apenas a limita. Qualquer negociação coletiva refere-se aos direitos trabalhistas em observância à lei. Não tem por objetivo ir além dos limites já estipulados, mas sim ampliar os direitos na medida em que são permitidos.

A análise crítica do autor Antônio Álvares da Silva¹⁹, é percebida no trecho a seguir:

Diante dessa ampla visão do direito comparado, torna-se inacreditável que os publicistas brasileiros ainda afirmem até hoje que a unilateralidade e o ‘estatutarismo’ são a forma mais aconselhável para regulamentar a relação da Administração Pública com seus servidores. Mais inacreditável que tal concepção seja aceita por decisão do STF, mostrando que o atraso não está somente com a doutrina.

Há, sem dúvida, carência de uma visão mais atualizada do problema. Os estudos interdisciplinares estão faltando aos nossos professores. A visão fechada que cada um tem de sua disciplina, o medo e a impermeabilidade para as mudanças, a ausência de visão do Direito como meio eficaz de solução dos problemas humanos podem ocasionar um grande atraso na doutrina e na jurisprudência brasileiras, tornando inócua a Constituição e a inoperante a lei ordinária. (Silva, 1993. p. 91)

A negociação coletiva com o Estado é um instrumento democrático para a solução de conflitos. O

diálogo deve ser encarado como a melhor forma de se atender aos interesses dos servidores e da Administração Pública, o que só traz benefícios para a coletividade.

3. Greve no serviço público

3.1 Breve histórico

O ordenamento jurídico brasileiro se omitia quanto à greve, até a sua primeira aparição no Código Penal, em que era considerada crime caso envolvesse ameaças ou violência.

No âmbito constitucional que lhe fez referência, a Constituição de 1937, proibiu terminantemente sua prática, senão vejamos:

Art. 139. Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre os empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a justiça do trabalho, quer será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da justiça comum.

A greve e o “lock-out” são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

A Consolidação das Leis Trabalhistas impunha sanções àqueles que paralisassem as atividades laborativas, sem prévia autorização.

Antes da promulgação da Constituição de 1946, foi reconhecido o direito de greve, que se firmou nas Constituições posteriores.

Entretanto, as Constituições e a legislação silenciavam quanto à greve do servidor público. A Constituição de 1967 foi a pioneira na regulamentação, negando-a aos servidores públicos, senão vejamos:

Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

§ 7º Não será permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.

Pela primeira vez na história do direito brasileiro, a Constituição de 1988 permitiu a greve dos servidores

¹⁸ Op. Cit.

¹⁹ Op. Cit.

públicos civis, vedando-a, todavia, para os militares. (art. 142, § 3º, IV, CRFB).

A Emenda Constitucional nº 19, de 1988, alterou o artigo 37 da Constituição, incluindo, no *caput*, o princípio da eficiência e, no inciso VII, trocando a expressão lei complementar pela lei específica.

A lei que regulamentará os limites do exército do direito de greve será lei ordinária. Não será necessário, então, o *quorum*, de maioria absoluta para a sua aprovação, como é exigido para a lei complementar.

4.2 Eficácia do artigo 37, VII, da Constituição da República de 1988

O artigo 37 da Constituição da República dispõe o seguinte sobre o direito à greve:

Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

José Afonso da Silva²⁰ parte da premissa que toda norma constitucional possui eficácia, mesmo que não se manifeste plenamente enquanto não existir uma norma jurídica complementar executória.

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.

Quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais o autor²¹ então as classifica em três categorias:

– Normas constitucionais de eficácia plena, que

produzem, desde sua entrada em vigor, todos os seus efeitos.

– Normas constitucionais de eficácia contida, que produzem todos os efeitos imediatamente, mas permitem que a eficácia seja contida em determinadas circunstâncias.

– Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que não produzem imediatamente todos os seus efeitos, pois foi determinado ao legislador ordinário estabelecer normatividade para isso.

Há, ainda, divisão das normas constitucionais de eficácia limitada em normas programáticas, que dispõem sobre matéria ético-social, e normas de legislação, que versam sobre matéria de organização.

No que se refere ao art. 37, VII, da Constituição, a doutrina se divide. Merece destaque parte do voto do Ministro Francisco Rezek na análise do Mandado de Injunção nº 20, quando se refere ao artigo 37, VII, CRFB:

Ali se pode ler que o direito de greve no serviço público será exercido nos termos e limites definidos em lei complementar, e que, portanto, enquanto não se edita essa lei complementar, não há direito de greve no serviço público. Mas pode ler-se também, dentro do estrito domínio da razoabilidade, que o direito de greve dos funcionários será exercido nos termos e limites definidos em lei complementar, e que, portanto, enquanto a lei complementar não define esses termos nem fixa esses limites, a greve no serviço público é praticável tal como ela o é pelo comum dos trabalhadores.

Uma primeira corrente não verifica a possibilidade do exercício do direito de greve sem uma lei regulamentadora. José Afonso da Silva²² afirma que tal dispositivo:

na prática, é quase o mesmo que recusar o direito prometido; primeiro porque, se a lei não vier, o direito inexistirá; segundo porque, vindo, não há parâmetro para o seu conteúdo, tanto pode ser mais aberta como mais restrita.

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes²³:

²⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p.76.

²¹ Op. Cit.

²² Op. Cit. p.682.

²³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 212.

“*Nas atividades públicas o direito de greve não entra em vigor imediatamente, dependendo seu exercício de lei ordinária específica*”.

O autor²⁴ fundamenta seu posicionamento na jurisprudência, em especial na decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário, que, no voto do Ministro Carlos Velloso, entendeu pela não aplicabilidade do direito de greve nas atividades públicas. Afirma, ainda:

no tocante ao exercício do direito a greve, a jurisprudência firmou-se no sentido de não ser auto-aplicável, principalmente nos chamados serviços essenciais, inscritos no artigo 37, VII, da Constituição Federal, dependendo, para seu amplo exercício, de regulamentação disciplinada em Lei. Dessa forma, entende-se a legitimidade do ato da administração pública que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos-grevistas.

A outra corrente admite o exercício do direito de greve, conferindo-lhe aplicabilidade direta e imediata, sendo que a lei regulamentadora tem o papel de limitar o exercício deste direito.

Arnaldo Süsseking²⁵ defende:

a nosso ver, da norma constitucional, pode ser de eficácia contida, e não programática, resulta o direito de greve dos servidores públicos. A Lei que alude o art. 37, VII, da Constituição poderá estabelecer limitações; nunca, porém, negar o direito, o qual, por conseguinte, já existe.

Arion Sayão²⁶ entende que o direito de greve apresenta aplicabilidade desde a Constituição de 1988, já que esta revogou a proibição que existia no ordenamento anterior. Afirma que a lei específica vem para limitar o exercício do direito que já existe.

As limitações ao exercício do direito de greve – estas, sim – dependem da promulgação da lei complementar. A regulamentação que limitar a eficácia e a aplicação do preceito constitucional

será expedida por lei complementar, que definirá os limites opostos ao exercício do direito de greve. Enquanto essa lei não for promulgada, deve ser admitida a aplicação, por analogia, das disposições pertinentes da Lei 7.783, principalmente no que diz respeito à continuidade da prestação dos serviços essenciais destinados ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Também Amandino Teixeira Nunes Júnior²⁷:

é inegável que a lei complementar poderá estabelecer condicionamentos e restrições ao exercício do direito de greve no serviço público. Contudo, sustentar o entendimento de que, durante o período em que a norma não foi editada, inexistente o direito implica negar a própria Constituição.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸ esclarece que a greve dos servidores públicos:

é exercitável desde logo, antes mesmo de editada a sobredita norma complementar, que lhe estabelecerá os limites. Trata-se de norma de eficácia contida, segundo a terminologia adotada por José Afonso da Silva. Advirta-se, apenas, que a greve não poderá deixar sem atendimento as “necessidades inadiáveis” da comunidade a serem identificadas segundo um critério de “razoabilidade”, pois a obrigação de supri-la está constitucionalmente prevista, até mesmo para os trabalhadores em geral, conforme §1º do art.9º.

As necessidades inadiáveis da comunidade mencionadas por Celso Antônio de Mello não podem ser interrompidas, conforme se infere do disposto no §1º do art. 9º da Constituição da República. Se mesmo para os trabalhadores em geral o atendimento dessas necessidades é imposto pela Carta Magna, não seria lógico que em relação aos servidores pudesse ser diferente e que todos os serviços pudessem ser paralisados totalmente. Nesse sentido decidiu o STJ ao julgar o Recurso no Mandado de Segurança nº 2.677. Com efeito, nesse acórdão restou assentado que:

o servidor público, independente da lei

²⁴ Op. Cit. p.331.

²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 20. ed., São Paulo: LTr, 2002, v. 2. p.1239.

²⁶ ROMITA, Arion Sayão. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis. São Paulo: LTr, 1993. p.69.

²⁷ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Sindicalização, Negociação Coletiva e Direito de Greve dos Servidores Públicos. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 33, n. 130, p. 55-67, abr/jun, 1996. p.66.

²⁸ Op. Cit.

complementar, tem o direito público, subjetivo, constitucionalizado de declarar a greve. Na ausência de lei específica, tomar-se-ão para suprir a lacuna os princípios jurídicos e a legislação que disciplinar a matéria.

O Ministro Marco Aurélio entendeu que o exercício da greve estaria amplamente garantido, reconheceu a omissão do legislador e no caso concreto optou pela aplicação da Lei 7.783/89, com as adaptações necessárias.

Diante da inércia do legislador, em que pese serem passados da promulgação da Carta mais de cinco anos, não obstaculiza a ocorrência do fenômeno coletivo, apenas servindo à conclusão sobre a inexistência de limites, ao menos sob o ângulo estritamente legal.

(...)

Para efeito de tomada de votos é suficiente dizer que, vencido na preliminar, procedo à declaração da omissão do legislador e, em passo, fixo os parâmetros indispensáveis ao exercício de greve a partir do disposto na Lei 7.783/89, com as adaptações pertinentes. É como voto na espécie.

Assim, mesmo com os posicionamentos diversos pode-se afirmar que o dispositivo possui eficácia. Isso porque se for considerado como norma de eficácia contida, não há dúvida em sua aplicação imediata, tendo limites que deverão ser dispostos em lei específica:

As normas de eficácia contida não se confundem com as programáticas. Até estas, segundo a moderna doutrina do Direito Constitucional, têm aplicação imediata. (...) Por isso hoje reconhece-se-lhes valor jurídico idêntico ao das demais normas constitucionais, incluindo, é claro, a vigência.²⁹

No mesmo sentido:

A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuram como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam.

30

Ademais, não tem sentido negar eficácia ao dispositivo já que na prática as greves dos servidores públicos ocorrem freqüentemente.

Assim, defendemos que o dispositivo constitucional em questão possui aplicabilidade imediata desde a promulgação da Constituição da República de 1988, existindo o direito de greve dos servidores públicos civis e podendo ser efetivamente exercido amplamente até que venha a lei específica para limitá-lo.

Adiante, tendo em vista a inconveniência do exercício amplo do direito de greve dos servidores, apontaremos solução para que a sociedade não seja prejudicada até a edição da lei específica.

4.3 Competência para criação da lei específica

A lei específica referida no inciso VII, do art.37 da Constituição da República é federal, uma vez editada, será aplicável a todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Nessa área, com exceção da União, nenhum dos outros entes da federação tem igual competência. Sua iniciativa é concorrente, pois cabe tanto ao Presidente da República como a qualquer membro do Congresso Nacional.

4.4 Competência para dirimir conflitos nos casos de greve de servidores públicos

No final do ano de 2004 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, após anos de tramitação perante o Congresso Nacional.

A emenda constitucional em questão refere-se à reforma do Poder Judiciário e provocou profundas alterações no Texto Constitucional.

Foram várias as inovações trazidas pela emenda à Constituição Federal, e entre elas trouxe a alteração e ampliação da competência da Justiça do Trabalho, prevista no artigo 114 da Constituição da República.

O artigo 114 da Constituição Federal de 1988 possuía a seguinte redação antes do advento da emenda

²⁹ Op. Cit. SILVA, p.114.

³⁰ Op. Cit. p.111.

constitucional em questão:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, por sua vez, ampliou grandemente a competência da Justiça do Trabalho. Vejamos o teor da nova redação conferida ao mencionado artigo 114:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução de ofício das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a* e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes

poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

A competência da Justiça do Trabalho antes estava prevista no caput do artigo 114, e passou a estar prevista em nove incisos.

O artigo 114 previa que "*compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores*" sendo que agora está previsto que "*compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho*" (inciso I).

Um ponto da reforma está causando grande polêmica refere-se ao disposto no artigo 114, I, o qual prevê que compete à justiça trabalhista processar e julgar as ações oriundas da "relação de trabalho".

O termo relação de trabalho é bem mais abrangente do que relação de emprego, pois este abrange somente os trabalhadores regidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, somente os "empregados" ou "celetistas".

Assim fica para o intérprete da Constituição o seguinte questionamento: será que a competência atual da Justiça do Trabalho irá abranger todas as relações de trabalho, incluindo as estatutárias?

Conclui-se que não, uma vez que no vínculo estatutário não existe a figura do empregador nem do empregado, mas relação entre servidor público e Administração Pública, ou seja, relação jurídica de cunho institucional. Sendo assim, compete à Justiça Comum (estadual e federal), e não à Justiça Trabalhista o processo e o julgamento de ações que envolvam pedidos de verbas estatutárias.

Sendo assim, mesmo a Constituição da República tendo estabelecido "relação de trabalho",

conclui-se que ele deve ser interpretado como "relação de emprego", isto é, através vínculo contratual e não estatutário.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº4921/6000 – Rel. Min. Carlos Mário Velloso), já entendeu que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar dissídios individuais e coletivos propostos por servidores públicos.

O fundamento de tal decisão está expresso no voto do Min. Celso de Melo:

O regime jurídico dos servidores públicos da União está sujeito ao princípio da reserva absoluta da lei. Trata-se de postulado que decorre da cláusula constitucional expressa. O constituinte, ao enunciar a exigência de reserva legal, operou uma separação de matérias, selecionando e indicando aquelas – como a definição do estatuto jurídico dos agentes da Administração Federal – que, por sua natureza, só podem e devem ser tratadas e desenvolvidas por lei formal.

Desta forma, as questões individuais e coletivas relativas ao trabalho do servidor público devem ser propostas junto à Justiça Comum Estadual, para servidores municipais, estaduais e distritais, ou no Justiça Federal, no caso do servidor federal.

4.5 Nossa posição sobre a greve no serviço público

O serviço público é a atividade exercida pela Administração Pública. É a própria razão de ser da Administração.

Ruy Cirne Lima³¹, entende que o serviço público possui como característica principal a sua condição de existencial relativamente à sociedade. Explica que a condição de existencial liga-se à noção de utilidade pública, que consiste em tudo que se considerar essencial ao bem do indivíduo, da coletividade, da sociedade e à si mesma.

O exercício do serviço público é cercado por garantias contra os seus próprios agentes, contra os

³¹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

interesses dos particulares e contra os interesses fiscais das demais pessoas administrativas. As garantias apontadas pelo autor têm entre os seus objetivos assegurar a execução regular e continuada dos serviços públicos.

Serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havia num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.³²

Ressalta-se o entendimento de que o serviço é essencial de acordo com a necessidade da sociedade, a utilidade pública, que apresenta variações de acordo com o tempo e o espaço.

Em que pese a distinção feita pela doutrina entre os serviços públicos essenciais e os não essenciais, há quem defenda a impossibilidade de discriminação sob o fundamento de que a essencialidade está ínsita ao serviço público. Se não fosse essencial, não seria atividade exercida pela Administração.

Ora, o serviço público se caracteriza exatamente por se constituir numa atividade cuja essencialidade para a comunidade é de ordem fundamental. É nisso que ele se distingue de uma simples atividade econômica do Estado; nesta, a essencialidade está ausente³³. (Mukai, 1996, p. 103).

Por ser essencial à comunidade, o serviço público não pode parar, nem mesmo temporariamente. Claro está que alguns serviços são intermitentes e o espaço de tempo ínsito ao seu fundamento não caracteriza paralisação, sendo parte de sua execução normal.

Destaca-se, ainda, que os serviços públicos são, de regra, essenciais. Se assim não fosse, não seriam esses serviços públicos, mas privados. Foge à nossa compreensão que o Estado viesse a se ocupar de serviços que não fossem essenciais à população. Se assim o fizesse, estaria a opor-se a pelo menos dois dos princípios enumerados no *caput* do art. 37 da Constituição: a

³² Op. Cit. p.82.

³³ MUKAI, Toshio. O princípio da continuidade do serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.204, abr/jun, p. 103-109, 1996. p.103.

moralidade e a eficiência. Porém, é importante ressaltar que também há serviços prestados por particulares que são essenciais para a sociedade.

Sendo assim, deve-se observar que o direito a greve do servidor público é previsto constitucionalmente e, dessa forma, ele não pode ser mitigado. Assim, diante do atual texto constitucional, parece razoável que, enquanto não for editada a referida *lei específica* para regular o exercício do direito de greve do servidor público, mostra-se perfeitamente aplicável, por analogia, a atual Lei de Greve (Lei nº 7.783/89). Claro que não se trata, obviamente, de lei ordinária reguladora, *especificamente*, da greve dos servidores públicos, mas de empregados regidos por contrato de trabalho. Os limites do direito de greve, e até mesmo sua proibição, em certos casos, para algumas categorias específicas de empregados ou de funcionários públicos, justifica-se não em razão do *status* do trabalhador, mas em decorrência da *natureza dos serviços prestados*, que são *públicas, essenciais, inadiáveis*, imantados pelo princípio da predominância do interesse geral e da continuidade do serviço público. Os serviços essenciais à comunidade tanto podem ser prestados pelos trabalhadores do setor privado quanto do setor público, cuja abstenção não pode causar aos outros interesses tutelados constitucionalmente, como aqueles possuidores de caráter de segurança, saúde, vida, integridade física e liberdades dos indivíduos. Não se justifica, assim, o tratamento diferenciado ou separado. Onde há a mesma razão, igual deve ser a regulamentação e solução. Inclusive, recentemente, os Ministros do STJ estão se posicionando nesse sentido.

Em razão disso, entende-se que enquanto não houver uma regulamentação clara e eficiente a respeito do direito de greve dos prestadores de serviços públicos considerados essenciais, deve-se aplicar a lei de greve para todos os trabalhadores, tanto servidores públicos ou privados.

Conclusão

A greve no serviço público constitui um direito constitucionalmente garantido. As discussões acerca da eficácia do dispositivo constitucional deveriam ser

meramente acadêmicas ou apenas com o objetivo de pressionar o legislador a editar a lei específica para regulamentar o exercício do direito.

Considerar que ainda não é permitida a greve por faltar a legislação específica não é somente negar eficácia à Constituição como também fechar os olhos para a realidade do serviço público no país.

Esse entendimento, então, fere o Estado Democrático de Direito, por acreditar que a Carta Maior dispõe sobre direitos que só poderão ser exercidos por lei posterior. Não é esse o objetivo da Constituição, que passou a admitir no ordenamento jurídico um direito que antes era negado aos seus servidores. Não há como negar o avanço dessa previsão constitucional, se adequando à realidade e possibilitando a utilização de institutos modernos e democráticos para a solução dos problemas que diretamente atingem a sociedade.

O avanço também é percebido na permissão da sindicalização do servidor público. Não há melhor forma de se resolver um conflito que não seja o acordo entre as próprias partes conflitantes.

Assim, defende-se que enquanto a lei específica, que tratará do mesmo direito a ser exercido pelo servidor público, não é editada pelo Legislativo, não há impedimento de aplicação da legislação já existente quando os serviços forem essenciais. Essa não é a melhor solução para a questão, mas é um remédio diante da inércia do Legislativo e diante da necessidade prática de regulamentação do direito.

Referências

ALBUQUERQUE, Cíntia Daniela Bezerra de. Regime Celetista no Serviço Público. Revista do TRT 6ª Região/PE. Recife, v. 14, n. 31, p. 37-46, Julho, 2003.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. São Paulo: Atlas, 1983.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. O Empregado público. São Paulo: LTr, 2002.

COSTA JUNIOR, Alberto da. Negociação Coletiva dos Servidores Públicos. Synthesis. São Paulo, n.

22, jan/jul, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DURAND, Paul. La greve et le lockout em droit français: lê droit du travail dans la communauté. Luxemburgo: Communauté Européen du Charbon et de l'Ácier, 1961.

GOTTSHALK, Egon Felix. Greve e Lock-out. São Paulo: Max Limonad, 1995.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARTINS, Sérgio Pinto. Greve do Servidor Público. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUKAI, Toshio. O princípio da continuidade do serviço público. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.204, abr/jun, p. 103-109, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; VIDAL NETO, Pedro. Direito de Greve – Coletânea de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Comentários à Lei de Greve. São Paulo: LTr, 1989.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Sindicalização, Negociação Coletiva e Direito de Greve dos Servidores Públicos. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 33, n. 130, p. 55-67, abr/jun, 1996.

ROMITA, Arion Sayão. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis. São Paulo: LTr, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. Negociação Coletiva no Setor Público. Gênese. Curitiba, v. 04, n. 24, p. 647-xxx, dez, 1994.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Princípios Gerais de Direito Sindical. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Antônio Álvares da. Os Servidores Públicos e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, Cláudio dos Santos da. Negociação Coletiva no Serviço Público: um debate atualíssimo.

Síntese Trabalhista. Porto Alegre, v.14, n. 160, p. 05-07, outubro, 2002.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 20. ed., São Paulo: LTr, 2002, v. 2.