

Publicações da Escola da AGU

1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee volume 2

n. 21 outubro 2012 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 21	p. 1-312	outubro 2012
---------------------------------	----------	-------	----------	--------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETORA DA ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

VICE-DIRETOR

Filipo Bruno Silva Amorim

COORDENADORA GERAL

Nélida Maria de Brito Araújo

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Vlândia Pompeu Silva

Juliana Sahione Mayrink Neiva

Filipo Bruno Silva Amorim

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glauceira Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu Tradizione
Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee - Escola da Advocacia-Geral
da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 21, v. 2 (out. 2012).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, nº 14
periodicidade mensal

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação	7
A Tributação entre os Estados Partes do Mercosul e da União Européia <i>The taxation between States of Mercosul and the European Union</i> Cecília Álvares Machado	9
Breves Considerações sobre os Limites à Dispensa Imotivada no Brasil e na Itália <i>Brief Observations on the Limits of Dismissal Without Cause in Brazil and in Italy</i> Cristiane Cantarelli Pouey	31
A Proteção dos Mercados Nacionais no Âmbito das Contratações Públicas: uma análise sob o prisma da união europeia, do mercosul e da legislação brasileira <i>The Protection of National Markets Within the Public Contracting: an analysis from the perspective of the European Union, mercosur and the Brazilian legislation</i> Denise Maria de Araújo	59
Função Nomofilácica dos Tribunais Superiores no Brasil e na Itália e a Necessidade de Respeito aos seus Precedentes <i>Standardizing function of Supreme Courts in Brazil and Italy</i> Fábio Victor da Fonte Monnerat	79
O Processo de Integração Regional da União Européia <i>The Regional Integration Process of the European Union</i> Fernanda Teixeira de Souza Villalva	103
Breve Estudo Comparado entre os Modelos de Licitação e Contratação Pública na Itália e no Brasil <i>Brief Comparative Study Between the Models of Bidding and Procurement Contract in Italy and in Brazil</i> Fernanda Vieira de Castro	119
Da Diferença de Estruturação dos Tribunais Constitucionais no Velho e novo Mundo: o ativismo judicial seria mesmo uma expressão tipicamente americana? <i>The Influence Of The Constitutional Court's Composition On Its Decisions In Europe And America: is judicial activism really a typical american term ?</i> Flávia Martins Affonso	141

O Direito Fundamental ao Trabalho e o Tribunal de Justiça da União Europeia – um estudo do caso Bosman <i>The fundamental Right to Work and the Court of Justice of the European Union – A study on the Bosman Case</i> <i>Juliana Garcia Garibaldi</i> <i>Gabriel Roberti Gobeth</i>	163
Licitações, no Código dos Contratos Públicos italiano: foco na tutela da concorrência <i>Government Procurement Procedures in Italy: focus on competition protection</i> <i>Juliano Scherner Rossi</i>	185
O Mercosul e a União Europeia: uma breve comparação <i>Mercosul And The European Union: A Brief Comparison</i> <i>Liliana Saraiva de Oliveira</i>	203
Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade nos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Italiano <i>The Effects of the Declaration of Unconstitutionality in the Brazilian and Italian Legal Systems</i> <i>Marco Fioravante Villela di Iulio</i>	225
União Europeia e Estado de Exceção econômico – um convite à reflexão <i>European Union and Economic State of Emergency – an invitation for reflection</i> <i>Mariana Carvalho de Ávila Negri</i>	243
A Aplicação Direta de Recursos Tributários por parte do Engenharia Jurídica na Construção da União Europeia: flexibilidade versus rigidez <i>Juridical engineering in the building of the European Union: flexibility vs. rigidity</i> <i>Rosa Mettifogo</i>	261
A Cooperação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais dos Estados-Membros: o reenvio prejudicial <i>The Cooperation Between The European Court of Justice – ECJ And The Member States’ Courts: the Preliminary Ruling</i> <i>Tili Storace de Carvalho Arouca</i>	277

Justiça Administrativa – Uma Breve Comparação entre as Experiências do Brasil e da Itália <i>Administrative Justice – A Brief Comparison Between the Experiences of Brazil and Italy</i> <i>Wilson de Castro Junior</i>	293
--	-----



APRESENTAÇÃO

Il Corso intensivo su “Fondamenti romanistici del diritto europeo: comparazione e armonizzazione”, svoltosi presso l’Università di Roma “Tor Vergata” per gli Avvocati di Stato del Brasile nel mese di luglio del 2012, si è prefisso lo scopo di realizzare, anche con finalità pratiche, un corso breve di alta formazione in materie giuridiche.

In particolare, il Corso ha approfondito le basi comuni degli ordinamenti giuridici europei, tendendo a valorizzare i processi di unificazione ed armonizzazione del diritto privato e commerciale. Le materie approfondite sono state, tra le altre, “Fondamenti romanistici del diritto europeo”, “Sistemi giuridici e comparazione”, “Mercati finanziari e regole giuridiche comuni”, “Diritto del lavoro in Europa”, “Diritto dell’Unione Europea”, “Diritto amministrativo e Diritto Europeo” .

Nell’ambito del Corso sono state realizzate delle esercitazioni di ricerca, che ora la ‘Revista da AGU’ ha deciso di pubblicare. La finalità delle esercitazioni gli Avvocati di Stato brasiliani è stata quella di mettere in pratica il modello di comparazione, in una prospettiva di dialogo e di confronto tra l’esperienza italiana o europea e l’esperienza brasiliana, nei vari settori d’interesse dei candidati.

Ne esce una raccolta di lavori che dimostra, a mio avviso, la proficuità del metodo e soprattutto la ricchezza di prospettive che può derivare da un confronto che non voglia disegnare genealogie, ma sia diretto a cogliere, nelle concrete differenze di operatività degli ordinamenti giuridici, l’ambito unitario dei problemi, a fronte di soluzioni differenziate e condizionate dai fattori immanenti ad ogni ordinamento giuridico.

In un quadro così delineato, nel quale la complessità del diritto assume tutta la sua forza arricchente e di superamento di modelli monolitici e sistematici così cari ai diritti nazionali, è forse possibile scorgere una cifra di fondo che accomuna gli ordinamenti giuridici europei e quelli latinoamericani, quella di una trama concettuale e di regole che affondano le loro radici nella comune base romanistica.

Riccardo Cardilli



A TRIBUTAÇÃO ENTRE OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL E DA UNIÃO EUROPÉIA

*THE TAXATION BETWEEN STATES OF MERCOSUL AND THE
EUROPEAN UNION*

Cecília Álvares Machado
Procuradora da Fazenda Nacional
Especialista em Direito Tributário- PUCAMP
Especialista em Direito da Economia e da Empresa -FGV

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Mercosul - evolução história; 1.1 Características do Mercosul; 1.2 As disposições tributária inseridas no Tratado de Assunção; 1.3 A Incorporação das normas do Mercosul no sistema Jurídico dos Estados partes; 2. A União Européia – constituição e fundamentos; 2.1 Características do Direito Comunitário; 2.2 Fiscalidade indireta; 2.2.1 IVA – Imposto sobre valor agregado; 2.2.2 Impostos especiais sobre o consumo; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Partindo de uma sintética exposição sobre a constituição e características do Mercosul e da União Européia, o presente artigo busca demonstrar quais as medidas adotadas por esses grupos para permitir a livre circulação de bens e serviços no âmbito da tributação. Serão abordadas as características da TEC-Tarifa Externa Comum, o regime tributário aplicado às importações intrabloco no âmbito do Mercosul e da União Européia, assim como as diferenças essenciais encontradas nesses grupos quanto a formação e incorporação do direito ao sistema jurídico dos Estados membros.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário Internacional. Comércio Internacional. Mercosul. União Européia. TEC. Imposto sobre Importação. IVA.

ABSTRACT: From a synthetic exposition of the constitution and characteristics of Mercosur and the European Union, this article intend to demonstrate the measures adopted by these groups to allow free movement of goods and services regarding taxation. It will address the characteristics of CET-Common External Tariff, the tax regime applied to imports within Mercosur and European Union participants, as well as the essential differences found in these groups regarding the formation and incorporation of the legislation into each legal system of the member states.

KEYWORDS: International Tax Law. International Trade. Mercosur. CET. Import Duty.

INTRODUÇÃO

A necessidade de fortalecimento e melhor inserção no mercado econômico internacional fez com que os países da América do Sul buscasse uma forma de integração, estabelecendo sua opção em torno da formação de um bloco econômico regional. O passado comum de colônia dos países da América do Sul reforça esse objetivo de integração. O Mercosul foi formado inicialmente pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Não houve desde sua formação um aumento de países integrantes, além da Venezuela, mas isso não desqualifica o bloco, que representa um grande espaço territorial e um numeroso contingente populacional.

Neste artigo, dedicamo-nos aos aspectos tributários da integração no Mercosul, com exposição das principais regras tributário-aduaneiras do Mercosul, abrangendo a denominada TEC -Tarifa Externa Comum e a tributação intrabloco.

Do outro lado do Atlântico vem a inspiração para a formação do Mercosul. Constituída por razões diversas, a Comunidade Européia, hoje denominada União Européia, adotou em sua formação um modelo pioneiro e inovador de integração regional, forte na supranacionalidade.

Fazemos um relato do processo de formação do bloco e demonstramos as características dos tributos vigentes na União Européia, a fiscalidade direta, a fiscalidade indireta, o IVA e o imposto especial sobre o consumo.

1 O MERCOSUL - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na busca de melhores oportunidades econômicas os países da América do Sul sentiram a necessidade de integração regional. Com isso, em meados do séc. XX, a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe entendeu que o caminho seria a integração regional, tendo como paradigma a realidade européia.

Em 1960, é assinado o Tratado de Montevideo, que cria a ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), com objetivo de estabelecer de forma gradual e progressiva um mercado comum, e de imediato, uma zona de livre comércio.

Em 1969, alguns dos países que participavam do Tratado de Montevideo (Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru e posteriormente, Venezuela) decidem formar um subgrupo, com a instituição de um Tribunal de Justiça e de um Parlamento andino. Criaram-se o Pacto Andino, que embora ainda válido, não produz efeitos práticos. Uma década depois, foi criada a ALADI (Associação Latino-Americana de

Integração), fruto de renegociação do Tratado de Montevideu, dispendo exclusivamente sobre preferências tarifárias de caráter bilateral.

O marco inicial do processo político que resultou na criação do Mercosul foi dado pela Argentina e Brasil, em 1985, quando firmaram a Declaração de Iguazu com vistas à defesa dos interesses comuns dos dois países. Os dois países continuaram a trabalhar para incrementar o intercâmbio comercial, e firmaram em 29/11/1988 um Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, estabelecendo um prazo de dez anos para formação de um espaço econômico comum, através da eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias e a elaboração de políticas conjuntas.

Posteriormente, alteraram esta data, estabelecendo a data de 31 de dezembro de 1994 para a constituição de um mercado comum, bem como tiveram a participação do Paraguai e Uruguai, que juntos formularam o projeto de criação do Mercosul. Em 26 de março de 1991 firmaram o Tratado de Assunção, acordando a ampliação dos mercados nacionais, com fundamento na máxima de que a integração constitui condição fundamental para acelerar o processo de desenvolvimento econômico e social de seus povos.

O MERCOSUL visa à formação de um mercado comum entre seus Estados Partes. De acordo com o art. 1º do Tratado de Assunção, a criação de um mercado comum implica, entre outras coisas, a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países do bloco; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial conjunta em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados.

Para a criação de um mercado comum, o tratado previu o estabelecimento de programa de liberação comercial, com vistas à aplicação de tarifa zero. A criação do bloco tem por objetivo não só o incremento do comércio intrazona, mas também o estímulo às trocas com terceiros países, caracterizando-se como um regionalismo aberto.

Além das disciplinas relativas ao comércio de bens, foram negociados dispositivos em matéria de serviços e circulação de trabalhadores e desenvolvidas diversas atividades de cooperação – envolvendo coordenação de políticas, harmonização normativa e realização de projetos conjuntos em áreas variadas, como em matéria de regulamentos técnicos, regulamentos sanitários e fitossanitários – para facilitar a livre circulação intrazona.

São Estados Associados do Mercosul¹ a Bolívia (desde 1996), o Chile (desde 1996), o Peru (desde 2003), a Colômbia e o Equador (desde

¹ Disponível em < <http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 04 set.2012.

2004). Além disso, o Tratado de Assunção é aberto, mediante negociação, à adesão dos demais Países Membros da ALADI.

Nesse sentido, foi assinado, em 4 de julho de 2006, o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, prevendo que sua incorporação será de forma gradual, no mais tardar em quatro anos.

Em 31/07/2012 a Venezuela foi definitivamente incorporada ao Mercosul. O ingresso da Venezuela constitui-se em significativa conquista para o bloco, pois se trata de um grande mercado, maior do que muitos países europeus. Atualmente, o Paraguai está suspenso do Mercosul, em razão de problemas políticos na sucessão presidencial.

O processo de integração do Mercosul vem sendo caracterizado pelo cumprimento gradual das metas estabelecidas no Tratado de Assunção.

No Protocolo de Ouro Preto, de 1994, foi definida a estrutura do Mercosul e afirmada a necessidade de formação de uma união aduaneira como etapa para a construção do Mercado Comum do Sul. Neste Protocolo foi definido que a Comissão de Comércio do Mercosul é o órgão responsável por velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra Mercosul e com terceiros. O Protocolo reconhece a personalidade jurídica de direito internacional do bloco, atribuindo-lhe, assim, competência para negociar, em nome próprio, acordo com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais.

1.1 CARACTERÍSTICAS DO MERCOSUL

Podemos afirmar que há cinco classificações para definir o tipo de integração adotada pelos países, que variam de acordo com o alcance e grau de cooperação econômica estabelecidos: 1- Zona de Livre Comércio; 2- União Aduaneira; 3- Mercado Comum; 4- Uniões Monetárias; 5- Uniões Políticas.

A União Européia, por exemplo, aspira ser uma União Política, que compreende além da adoção de uma política monetária comum e de uma moeda única, a harmonização das políticas externa, de segurança e interior, e a adoção de uma Constituição Única.

O Mercosul, de acordo com o Tratado de Assunção, está predisposto a se tornar um Mercado Comum, mas ainda não se consolidou como uma verdadeira União Aduaneira. A constituição de um Mercado Comum, além de uma política comercial comum, pressupõe a harmonização da legislação referente a áreas fundamentais, criando normas comunitárias para despacho aduaneiro de mercadorias, controles

sanitários e fitossanitários, defesa comercial extrazona e concessão de incentivos à produção, alcançando a livre circulação de pessoas e fatores de produção.

O modelo desenvolvido em Ouro Preto previu a implementação da Tarifa Externa Comum (TEC) como medida necessária à convergência das políticas comerciais comuns. A TEC entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995, passando os quatro países a aplicar a mesma tarifa de importação para a maior parte do universo tarifário.

A evolução da TEC ao longo dos anos demonstra que vem sendo possível consolidar um regime tarifário comum para a maior parte dos setores econômicos. Esse é um requisito essencial para a consolidação do Mercosul como uma União Aduaneira, porque garante segurança jurídica aos setores produtivos que investem na região. No esforço de continuar o aperfeiçoamento da União Aduaneira, foi aprovada, em 2004, a Decisão CMC nº 54/04 sobre a uniformização da legislação aduaneira entre os Estados Partes e a eliminação da dupla cobrança da Tarifa Externa Comum (TEC). A eliminação da dupla cobrança da TEC é importante elemento para o aperfeiçoamento da União Aduaneira, ao fazer com que um bem que cumpra com a Política Tarifária Comum (isto é, o pagamento da TEC) ao ser importado seja considerado originário e possa circular dentro do Mercosul sem pagar novamente o imposto de importação.

Importante explicar que a denominação Tarifa Externa Comum, é uma tabela que abriga alíquotas de imposto sobre a importação. Portanto, em relação à legislação brasileira o termo é inadequado, porque tarifa tem significado diverso em nosso ordenamento jurídico.

O Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai adotam, desde janeiro de 1995, a Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM), que tem por base o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, ou simplesmente Sistema Harmonizado (SH). É um método internacional de classificação de mercadorias, baseado em uma estrutura de códigos e respectivas descrições e que foi ratificado pelo Brasil e incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto nº 97.409/1988. Esse Sistema foi criado para promover o desenvolvimento do comércio internacional, assim como aprimorar a coleta, a comparação e a análise das estatísticas, particularmente as do comércio exterior. Além disso, o SH facilita as negociações comerciais internacionais, a elaboração de tarifas de fretes, as estatísticas relativas aos diferentes meios de transporte de mercadorias e outras informações utilizadas pelos diversos intervenientes no comércio internacional.

As Notas Explicativas do Sistema Harmonizado compreendem as Notas de Seção, de Capítulo e de Subposição e constituem material extenso e pormenorizado, que estabelece, detalhadamente, o alcance e o conteúdo da Nomenclatura abrangida pelo SH.

Assim, nas importações brasileiras, por exemplo, dos oito dígitos que compõem a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), os seis primeiros são formados pelo SH, enquanto o sétimo e oitavo dígitos correspondem a desdobramentos específicos atribuídos no âmbito do Mercosul. No Regulamento Aduaneiro está prescrito que se aplica a alíquota do imposto de importação correspondente ao posicionamento da mercadoria na TEC, na data da ocorrência do fato gerador, uma vez identificada sua classificação fiscal de acordo com a NCM. Para fins de classificação das mercadorias, a interpretação do conteúdo das posições e desdobramentos da NCM será feita com observância das Regras Gerais para Interpretação, das Regras Gerais Complementares, das Normas Complementares e, subsidiariamente, das Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, da Organização Mundial das Alfândegas (OMA).

A partir de 01/01/2012, entrou em vigor no Brasil a nova versão da NCM adaptada à V Emenda do Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias, aprovado pelo Conselho de Cooperação Aduaneira.

1.2 AS DISPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS INSERIDAS NO TRATADO DE ASSUNÇÃO

Um dos objetivos principais do Tratado de Assunção é permitir a livre circulação de bens e serviços. Para tanto, é importante seja acordado um tratamento especial na parte tributária entre os Estados Membros.

No Anexo I do Tratado foi estabelecido um cronograma de eliminação gradual dos gravames, entendido este como “direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeito equivalente, sejam de caráter fiscal, monetária, cambial ou de qualquer natureza, que incidam sobre o comércio exterior.”

A previsão era de alcançar a total eliminação dos gravames até dezembro de 1994, mas tal objetivo não foi alcançado, no que concerne ao imposto de importação, que teve vigência até o final de 1999.

O Tratado incorporou o princípio da não discricionariedade, pelo qual deve ser aplicada a mesma regulamentação a duas relações que possuam características iguais, considerando injustificável qualquer diferença de tratamento.

Artigo 7:

Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.

Veja-se que o dispositivo visa eliminar desigualdades de tratamento tributário ante aos nacionais dos Estados contratantes, impedindo o tratamento discriminatório sobre qualquer nacional e qualquer espécie de tributo aplicável. Trata-se de um princípio de reciprocidade no relacionamento entre os Estados membros.

Este princípio é corrente em outros Tratados Internacionais, como se vê no art. 3º do Acordo GATT, em matéria de tributação sobre comércio internacional e no artigo 24 do Modelo OCDE de Convenção para evitar a dupla tributação internacional e prevenir a evasão fiscal.

No âmbito do direito internacional, não existe uma definição única para a discriminação fiscal. Trata-se de um conceito decorrente do princípio da igualdade, reconhecendo-se a discriminação quando há aplicação de condições mais severas das que seria aplicadas normalmente a pessoas que se encontrem em situações equivalentes, sem um fundamento com base constitucional para a discriminação.

Atualmente, é quase completa a desoneração do imposto de importação entre os Estados Partes intrabloco, remanescendo a cobrança do tributo no setor automotivo e para o açúcar.

Os bens importados que ingressem no território de algum dos Estados partes receberão o tratamento de originários, tanto no que respeita à sua circulação entre os Estados partes do Mercosul quanto à sua incorporação em processos produtivos. Para que isso ocorra e não haja o pagamento de Imposto de Importação, é necessária a apresentação do Certificado de Origem, que dá conta de que o produto efetivamente é produzido num dos Países Membros do Mercosul.

Os bens importados de terceiros países (extrazona) por um Estado Parte do Mercosul que tenham cumprido com a Política Tarifária Comum do Mercosul, também receberão o tratamento de originários, sendo identificados automaticamente pelo sistema informatizado de comércio exterior do Estado Parte responsável pela primeira importação da mercadoria no Mercosul, mediante a geração de um código alfanumérico denominado “Certificado de Cumprimento da Política Tarifária.

O entrave que impede o enquadramento do Mercosul como uma União Aduaneira completa é o estabelecimento integral da TEC para

os países extra-bloco. Nesse ponto, a integração encontra empecilhos, em face da possibilidade de indicação de produtos não sujeitos à mesma alíquota, denominada de “exceções às alíquotas comuns”.

A lista de exceções contemplam temporariamente alíquotas inferiores ou superiores à TEC. Com base na Decisão 58/10 do Conselho do Mercado Comum, permanece autorizada a manutenção de lista de exceções à TEC para os quatro Estados Partes, a qual pode ser alterada a cada seis meses, em até 20% dos códigos. Dessa forma, o Brasil poderá aplicar alíquotas de importação distintas da TEC para 100 códigos tarifários até 31/12/2015. Segundo o contido nas Decisões CMC 39/05, 13/06, 27/06, 61/07, 58/08 e 57/10. Também está permitida a adoção, pelo Brasil, até 31/12/2015, de alíquotas diferenciadas para Bens de Informática e Telecomunicações (BIT).

O Conselho do Mercado Comum admite, em casos excepcionais, estudar a adoção de uma TEC superior a 20%, como foi a de 35% para vários códigos do setor automotivo, entre o Brasil e Argentina. O Mercosul também aceita analisar pedido de alteração da NCM e da TEC, de forma permanente, mediante roteiro estabelecido e alguns critérios previamente definidos. A partir de 2002, para facilitar a compilação de estatísticas e ajustes nos sistemas de comércio exterior, o GMC decidiu que as alterações da TEC somente serão internalizadas duas vezes por ano.

A Lista relativa ao setor automotivo autoriza os países a praticar alíquota do imposto sobre importação de até 35% para importação de fora do bloco, de veículos. Em relação às transações intrabloco, o Acordo estabelece limite para margem de preferência de 100% - alíquota zero do imposto sobre a importação e outros limites com margem reduzida – havendo imposto alíquota reduzida.

Outro ponto que impede a constituição completa da União Aduaneira, são as chamadas “perfurações da TEC”. Em relação a alguns produtos a alíquota indicada na TEC é superior, para um ou mais dos países do Mercosul, em razão da alíquota consolidada na Organização Mundial do Comércio – OMC. No âmbito do OMC é permitida as integrações regionais, que podem conceder preferências tributárias não concedidas a países fora do bloco, desde que o imposto sobre a importação incidente sobre bens destes países não seja superior àquele exigido antes da constituição do bloco.

Em 02/08/2010 o Conselho do Mercado Comum – CMC aprovou o Código Aduaneiro do Mercosul - CAM, estabelecendo que os Estados Partes fariam, nos seis meses seguintes, as consultas e gestões necessárias para a implementação do mesmo dentro de seus respectivos

sistemas jurídicos. A adoção do Código criará condições para avançar no aprofundamento do processo de integração, tendo em conta que eliminará a bitributação.

Na parte tributária, o CAM trata do imposto de importação (ou direito de importação), cujo fato gerador é a importação definitiva de mercadoria para o território aduaneiro, e das taxas, referente à atividade ou serviço realizados ou postos à disposição pela Administração Aduaneira. O Código não trata sobre o imposto de exportação, devendo ser aplicada a legislação dos Estados Partes.

1.3 A INCORPORAÇÃO DAS NORMAS DO MERCOSUL NO SISTEMA JURÍDICO DOS ESTADOS PARTES

Importa para compreensão do tema conhecer a distinção da ordem jurídica comunitária da ordem jurídica internacional clássica. A ordem jurídica comunitária internacional advém de tratados internacionais que ocasionaram subordinação do direito interno ao direito comunitário. Há total primazia do direito comunitário sobre o direito interno, fruto de um processo de integração verdadeira, no qual os Estados Partes tem sua soberania limitada e partilhada.

Desta forma, a comunidade internacional clássica, na qual se enquadra o Mercosul, diverge do modelo comunitário adotado pela União Européia. Na comunidade internacional clássica, formada por estados soberanos, inexistem normas comunitárias e supranacionalidade. Predomina um sistema de cooperação entre os Estados, que não perdem sua soberania: sistema horizontal. No modelo comunitário, os Estados abrem mão de parte de sua soberania, que assegura o processo de integração, a ordem jurídica comunitária e o poder supranacional. Trata-se de uma relação com bases verticais.

A União Européia é o exemplo do modelo de direito comunitário. Foi uma inovação no cenário jurídico internacional, porque abandonou o conceito de soberania, instituindo o direito comunitário decorrente de uma soberania partilhada que estabeleceu um quadro jurídico único, constituído de normas que prevalecem sobre o direito nacional.

Para tanto, criaram o Tribunal de Justiça – TJCE, assegurando uniformidade de aplicação e implementação do direito comunitário.

Aqui transparece a diferença essencial entre o Mercosul e a União Européia. O mecanismo de incorporação do direito do Mercosul aos direitos dos países membros segue as regras clássicas do direito internacional, advindas dos Tratados Internacionais negociados pelos governos e posteriormente aprovados pelo Congressos e ratificados

pelos Estados Partes. Após esse processo, passam a incorporar a norma do Mercosul ao sistema jurídico de cada Estado integrante.

Para superar essas barreiras e adotar o modelo comunitário são necessárias sérias mudanças de caráter prático e constitucional. As Constituições das Repúblicas da Argentina e do Paraguai contêm dispositivos que permitem a adoção de normas de Direito Comunitário, sobretudo a constituição paraguaia.

O art. 145 da Constituição do Paraguai traz menção expressa a uma ordem jurídica supranacional, pela qual seja garantida a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento, no campo político, econômico e cultural, em condições de igualdade com outros Estados.

A Constituição da Argentina admite a supranacionalidade, desde que se encontre em condições de igualdade e reciprocidade e respeito à ordem democrática e aos direitos humanos.

As Constituições das Repúblicas do Brasil e Uruguai, por sua vez, apresentam maiores dificuldades. A constituição do Uruguai, em seu art. 2º, repele a intervenção de qualquer Estado estrangeiro, por se tratar de um país soberano. O art. 6º dispõe acerca da integração econômica e social da região latino americana. Mas a defesa do conceito de soberania, como uma forma de defesa do Estado em relação a intervenções externas, constituiu-se num entrave para a adoção do modelo comunitário.

A Venezuela, recentemente incorporada ao bloco, afirma em sua Constituição a soberania do Estado. No Art. 73, expõe possibilidade de referendo do Presidente da República, em Conselho de Ministros, aprovar tratados e acordos que possam transferir poder para organismos supranacionais.

A Constituição Brasileira dispõe que a soberania é o fundamento da República brasileira (art.1º), tendo como fundamentos de suas relações internacionais a independência nacional e a não intervenção (art. 4º, I e IV). Também há disposição expressa acerca do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais (art. 102, III, b).

A Constituição de 1988 define os procedimento de inclusão dos tratados internacionais no Direito interno, mas não trata do grau normativo destes, o que produz controvérsias em sua interpretação e aplicação. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal mantém a concepção firmada em 1977, no julgamento do RE 80.004², prevalecendo o

2 Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – Aval Aposto a Nota Promissória não Registrada no Prazo Legal – Impossibilidade de ser o Avalista Acionado, mesmo pelas Vias Ordinárias. Validade do Decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno

entendimento de que os tratados internacionais são inseridos na legislação brasileira com força de lei ordinária federal, motivo pelo qual podem ser revogados por lei ordinária posterior, conforme o critério cronológico. A partir do julgamento do HC 72.131, o STF acrescentou ao critério cronológico a regra da especialidade (a lei específica prepondera sobre a geral). O STF está indicando uma possível mudança de orientação, como se depreende do julgamento do RE 460320³, em tramitação, em que se discute o potencial conflito travado entre o art. 75 da Lei n° 8.383/91 e o tratado internacional de natureza tributária celebrado entre o Brasil e a Suíça com o fito de instituir tratamento não discriminatório entre os súditos de ambos os países.

A harmonização legislativa fiscal e a aplicação das normas do Mercosul pelos Estados partes é essencial para a realização dos seu objetivo. O art. 1° do Tratado de Assunção reafirma que a harmonização das legislações dos Estados Partes nas áreas pertinentes é um dos aspectos essenciais para conformar um Mercado Comum. O Código Aduaneiro do Mercosul deu um importante passo no processo, especialmente quando estabelece a aplicação supletiva da legislação aduaneira dos Estados Partes⁴, priorizando assim a aplicação da legislação comum.

2 UNIÃO EUROPÉIA – CONSTITUIÇÃO E FUNDAMENTOS

Apesar da idéia de integração dos países europeus ter surgido antes da segunda guerra mundial, foi com esse episódio que ela começou a se materializar. Ainda durante a segunda guerra, em 1944, foi criado o BENELUX, união aduaneira entre Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

Em 1947, durante a Guerra Fria, França e Inglaterra assinaram um tratado com vistas a criar uma proteção em face da hostilidade soviética, que se expandia pela Europa. Aliás, a expansão do comunismo no continente era um dos problemas que incentivavam a integração dos países, com o objetivo especial em assegurar a manutenção da paz.

brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec-lei n° 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambia a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE 80.004/SE, Pleno, Rel., Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 1° 6.1977, DJ de 29.12.1977, p.9.433.

3 Informativo 638 STF, set/11.

4 CAM-Título I – Capítulo I – Artigo 1° - Âmbito de aplicação: 4- As legislações aduaneiras de cada Estado Parte serão aplicáveis supletivamente dentro de suas respectivas jurisdições nos aspectos não regulados especificamente por este Código, por suas normas regulamentares e complementares.

Nesse contexto, foi instituído o Plano Marshall, em 1947, que se traduzia pelo auxílio econômico fornecidos pelos Estados Unidos à Europa para reconstrução do continente, sendo criado para sua gestão a Organização Europeia de Cooperação Econômica – OECE, mais tarde sucedida pela OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, instituída com vistas a criar um sistema de economia de mercado, ligado por relação fundadas na liberalização, trocas comerciais e expansão da economia.

A instituição da CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, instituída pelo Tratado de Paris, em 1951, foi um marco no processo de criação da Comunidade Europeia. O alvo principal da CECA eram as relações entre Alemanha e França, justamente os dois principais Estados produtores de carvão e aço utilizados nas indústrias bélicas. Entre os objetivos do Tratado estavam a abolição de impostos, a proibição de qualquer prática restritiva e a otimização dos potenciais de produção. Aqui se dá o início do direito comunitário, com a criação da Alta Autoridade, que foi a primeira instituição em que se partilhava a soberania.

O Tratado de Roma de 1957 cria duas instituições: A CEE – Comunidade Econômica e a CEEA – Comunidade de Energia Atômica. Desaparece a liberdade da Alta Autoridade e cria-se um órgão máximo que é o Conselho de Ministros, com representantes dos Estados partes, com prerrogativas executivas e legislativas. Alemanha, França e Itália detinham, pela sua importância, mais prerrogativas dentro do Conselho.

O primeiro passo para uma real união política foi consolidado com o Ato Único Europeu, assinado em 1986, que fez uma revisão do Tratado de Roma, através da cooperação nas áreas de política externa e segurança comum. Prosseguindo nesse caminho, em 1992, o Tratado de Maastricht, cria um Mercado Comum Europeu, com livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais e a instituição de uma moeda única. Foi a segunda maior revisão do Tratado de Roma. As três comunidades CECA, CEE e CEEA permanecem, mas altera-se a denominação da organização, de Comunidades Europeias passou a ser chamada de União Europeia.

Para concluir esse resumo histórico, há que se mencionar o Tratado de Amsterdam, assinado em 1997 e que consolidou o que foi estabelecido no Tratado de Maastricht. Segundo Joana Stelzer⁵ o Tratado de Amsterdam possui quatro grandes objetivos: “a) fazer do emprego e dos direitos do cidadão o ponto fulcral da União; b) suprimir os últimos entraves à livre circulação e reforçar a segurança; c) permitir

5 STELZER, Joana. *União Europeia e Supranacionalidade*. 2. ed.2004, 5ª tir. 2009. Juruá. p.46

que a Europa faça ouvir melhor a sua voz no mundo; e, d) tornar mais eficaz a arquitetura institucional da União.”

Atualmente a União Européia é composta por 27 países, sendo que apenas 17 adotam a moeda única, o euro. Este bloco dos 17 países é conhecido como “zona do euro”. Os problemas econômicos enfrentados pela Europa dificultam a adesão dos outros países à moeda única.

Os dez Estados integrantes do bloco que não adotam o euro como moeda oficial tiveram índices melhores de crescimento no primeiro trimestre de 2012. Cinco destes países tiveram índices positivos⁶ de crescimento, ao contrário dos países da zona do euro que tiveram índices negativos.

2.1 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO COMUNITÁRIO

Para compreender a política fiscal da União Européia é preciso conhecer um pouco a formação do direito comunitário, em razão do seu ineditismo e de suas peculiaridades.

O direito comunitário⁷ advém de um processo de integração verdadeira, no qual os Estados Partes têm sua soberania limitada e partilhada.

O Direito Comunitário constitui-se de fontes primárias e secundárias.

As primárias são retratadas por atos jurídicos com dispositivos inovadores, sem fundamento anterior que o vincule. É conhecido como direito comunitário originário. Sua expressão são os Tratados que originam o fundamento constitutivo da ordem jurídica comunitária.

As fontes secundárias consistem no conjunto de atos jurídicos adotados pelos órgãos da Comunidade que complementam e determinam os Tratados. Tais atos provêm dos Conselhos e Comissões e da Corte de Justiça, podendo assumir a forma de atos administrativos ou jurisdicionais. São os seguintes: regulamentos, diretivas, decisões, pareceres e recomendações.

Cabe esclarecer que o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia somente poderá interpretar as regras de direito originário, mas não controlar sua legalidade. Em se tratando de direito derivado, a Corte pode controlar a legalidade das normas.

⁶ Folha de São Paulo, 04/09/2012.

⁷ Segundo Umberto Forte, Direito comunitário pode ser definido como conjunto de normas vinculantes para as instituições comunitárias e para os Estados -Membros, sancionadas principalmente pelos Tratados, e, de outro, como o conjunto de normas contidas em alguns atos qualificados das instituições comunitárias. FORTE, Umberto. União Européia. p.31

Por fim, temos a jurisprudência do Tribunal de Justiça Européia e os princípios gerais de direito, ambos de grande relevância para o direito comunitário.

2.2 FISCALIDADE INDIRETA

Os impostos podem ser diretos (pagos diretamente pelo contribuinte) ou indiretos (pagos por um intermediário, que por sua vez os repercute no contribuinte que se segue na cadeia de produção ou no consumidor final).

As disposições fiscais abrangidas pelo Tratado de Roma estão definidas nos arts. 95^s a 99.

Assim como no art. 7^o do Tratado de Assunção, vigora o princípio da não discriminação, proibindo que os Estados façam incidir sobre os produtos importados de outros Estados membros impostos internos superiores aos que gravam direta ou indiretamente os produtos nacionais, protegendo a neutralidade fiscal.

A regra ainda vigente é a tributação no país do destino, tendo em vista que todos os Estados membros tributam o consumo havido dentro de seus territórios, sendo que a receita proveniente dos impostos que gravam o consumo representa a parcela mais significativa das receitas fiscais dos Estados.

A tributação no país do destino evita uma guerra fiscal, mas não é o ideal buscado pela Comissão, porque traz a possibilidade do protecionismo fiscal da produção nacional através da tributação diferenciada da importação.

Por essa razão, o parágrafo segundo do art. 95 prevê a proibição ao protecionismo fiscal da produção nacional.

Segundo o art. 95 do Tratado não há limites à soberania fiscal dos Estados membros, eles podem adotar a tributação mais indicada a alguns produtos específicos, devendo somente respeito à não discriminação e ao tratamento isonômico. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia fixou alguns limites, estabelecendo que a tributação diferenciada deve ser pautada em critérios objetivos como,

⁸ Art. 95. Nenhum Estado-membro fará incidir, direta ou indiretamente, sobre os produtos dos outros Estados-membros, imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, direta ou indiretamente, sobre os produtos nacionais similares.

Além disso, nenhum Estado-membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-membros imposições internas de modo a proteger indiretamente outras produções.

Os Estados-membros eliminarão ou corrigirão, o mais tardar, no início da segunda fase, as disposições existentes à data da entrada em vigor do presente tratado que sejam contrárias às disposições precedentes.

por exemplo, a seletividade, respeitando-se sempre a livre circulação e a concorrência justa dentro da União Européia.

2.2.1 IVA- IMPOSTO SOBRE VALOR ACRESCENTADO

Os principais esforços em matéria de harmonização fiscal no direito comunitário centraram-se em dois impostos: o imposto especial sobre o consumo e o IVA.

O IVA, Imposto sobre Valor Acrescentado (no sentido de agregado, adicionado), foi introduzido na Comunidade Económica Européia em 1970, a partir da primeira e da segunda Diretiva sobre IVA, substituindo os diferentes impostos sobre produção e consumo existentes nos Estados membros.

Esses impostos, pelo seus efeitos cumulativos, constituíam-se em obstáculo para as operações de importações/exportações, dificultando o conhecimento do valor exato dos impostos incidentes no preço dos bens e dos serviços.

O IVA possibilita saber o valor exato do imposto incidente sobre um produto em toda a cadeia de produção e distribuição, evita o efeito cumulativo dos impostos em cascata e assegura a neutralidade fiscal.

Por essa razão, ele foi selecionado para ser o imposto indireto aplicado em todos os Estados membros.

O IVA é um imposto geral de consumo diretamente proporcional ao preço dos bens e serviços, cobrado de forma fracionada em cada fase do ciclo económico.

É um imposto geral, porque em princípio deve incidir sobre todas as atividades económicas de produção e de distribuição de bens, assim como sobre as prestações de serviços.

É também é um imposto de consumo, porque a carga deve incidir, em última instância, sobre as despesas de consumo efetuadas pelos consumidores finais.

O IVA não se constitui como uma carga que incida sobre as empresas; é proporcional ao preço, o que permite em cada fase do processo de produção e de distribuição conhecer o montante da carga fiscal real nele incorporada; é cobrado de forma fracionada pelo sistema de deduções que permite ao sujeito passivo deduzir do imposto de que é devedor, o montante do imposto que liquidou aos outros sujeitos passivos relativamente às compras que utiliza na sua atividade sujeita a tributação.

Esse mecanismo assegura a neutralidade do imposto qualquer que seja a extensão dos circuitos económicos.

A sexta diretiva referente ao IVA (77/388/CEE) garantiu que ele abrangesse as mesmas operações em todos os Estados membros.

A mesma estabeleceu um quadro legislativo com disposições comunitárias e estabeleceu um programa de trabalho visando a eliminação das fronteiras fiscais.

Para alcançar esse objetivo, a Comissão propôs, em 1987, o pacote Cockfield, que visava a implantação imediata do sistema de tributação na origem, complementado por um sistema de compensação para evitar transferências de receitas entre os Estados membros.

Ante a dificuldade para se implementar esse sistema, foi adotado um sistema transitório, abolindo-se o controle nas fronteiras fiscais mediante combinação de regras de tributação na origem e no destino: as trocas comerciais entre os Estados membros deixaram de se tratadas como importação/exportação.

A vista da complexidade do sistema transitório, a Comissão propôs em 1996 alterações substanciais no regime do IVA.

Os Estados Membros foram poucos receptivos em aprovar as propostas que conduzem à introdução do regime definitivo porque ainda não estão preparados para aceitar uma harmonização suplementar das taxas do IVA e das estruturas do imposto, apesar de tal fato ser uma condição prévia à introdução do regime definitivo.

Desta forma, a Comissão Européia ainda trabalha para implementar o regime definitivo, que priorizará a tributação no país de origem.

Para que se analise o sistema comum de IVA na União Européia, é primordial que se relacione a expressão harmonização com esse sistema, que consiste no somatório dos sistemas tributários de cada um dos Estados-membros naquilo que tenham de tratamento em comum, com certo equilíbrio entre eles, principalmente no que se refere a tipologia dos impostos, às bases de cálculo e às alíquotas.

A harmonização tributária é um instrumento para a racionalização e para a eficiência da gestão do Mercado Único.

2.2.2 IMPOSTOS ESPECIAIS DE CONSUMO

Desde 1983 a UE harmonizou a estrutura e estabeleceu várias taxas mínimas para os impostos especiais de consumo (impostos indiretos que incidem sobre o consumo ou utilização de determinados produtos) sobre o *álcool*, o *tabaco* e os *produtos energéticos*. As suas taxas são geralmente expressas num valor por unidade de produto, por vezes sob a forma de uma percentagem do valor do produto.

A seleção dos produtos sujeitos a impostos especiais obedece igualmente a considerações de saúde pública, de proteção do ambiente e de economia de energia.

O fato gerador do imposto é normalmente a produção dos bens ou a sua importação na Comunidade. Todavia, o pagamento é normalmente suspenso até o momento em que os produtos são declarados para introdução no consumo, que corresponde geralmente a uma fase avançada do circuito comercial.

Essa regra garante o pagamento do imposto especial de consumo no Estado Membro de consumo, que é igualmente o beneficiário.

As mercadorias importadas de países extrabloco podem circular livremente no interior da Comunidade, enquanto não forem introduzidas no consumo, mediante o abrigo de um sistema suspensivo.

Os Estados membros podem ter outros tipos de tributos, como as conhecidas taxas verdes e impostos incidentes sobre a circulação de veículos, desde que não incidam sobre o volume de negócio e não dificultem a livre circulação de mercadorias.

2.3 FISCALIDADE DIRETA

Há poucos atos legislativos em matéria de fiscalidade direta editados pela União Européia, essencialmente devido ao fato de a sua adoção exigir a unanimidade por parte dos Estados-Membros.

Somente o art. 98 do Tratado de Roma⁹ ocupa-se dos impostos diretos e proíbe a aplicação de isenções e de reembolso à exportação para outros Estados membros dos impostos que não sejam os de transações, os diretos de sisa e os outros impostos indiretos.

Os países da UE têm liberdade para conceber os seus sistemas de fiscalidade direta a fim de alcançarem os objetivos da sua política interna, desde que respeitem os princípios da livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais e o princípio da não discriminação.

Não há uma harmonização dos impostos diretos, visto que para a constituição de um mercado comum o essencial era a harmonização dos impostos indiretos, que se incorporam ao custo das mercadorias. Mas foram realizados estudos na direção de uma possível harmonização da tributação

9 Art. 98. Relativamente às imposições que não sejam os impostos sobre o volume de negócios, sobre consumos específicos e outros impostos indiretos, só podem ser concedidas exonerações e reembolsos à exportação para outros Estados-membros, ou lançados direitos de compensação às importações provenientes de Estados-membros, desde que as medidas projetadas tenham sido previamente aprovadas pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada sobre proposta da Comissão, para vigorarem por um período de tempo limitado.

direta, que levaram ao programa de harmonização apresentado ao Conselho em 1967, sendo que este programa nunca foi aprovado. Em 1976 a Comissão apresentou ao Conselho uma proposta de diretiva que foi adotado, quanto à assistência mútua dos Estados membros referente aos impostos diretos.

Os impostos diretos englobam aqueles que incidem sobre os rendimentos das empresas e dos particulares, sem um imediato e efetivo reflexo no preço de custo para a venda.

Os impostos mais comuns registrados no continente europeu são aqueles que incidem sobre a renda e sobre a fortuna e para os quais não há previsão legislativa de harmonização no Tratado de Roma.

A título ilustrativo citamos o caso da França, onde há uma alíquota alta de impostos sobre as grandes fortunas: o atual presidente daquele país, François Hollande, ao acenar com a pretensão de aumentar ainda mais a tributação sobre grandes fortunas, tem provocado uma espécie de “corrida” de milionários franceses em busca da cidadania belga.

No domínio da fiscalidade das empresas, foram adotadas três diretivas, estando outra a ser discutida: a diretiva sobre as sociedades-mãe e as sociedades afiliadas garante que não há dupla tributação dentro do mesmo grupo de empresas estabelecidas em diferentes países da UE no caso de pagamentos transfronteiras de dividendos ; a diretiva relativa às fusões visa atenuar as consequências fiscais negativas das reestruturações transfronteiras de empresas dentro da UE; a diretiva sobre os juros e os direitos de autor prevê a eliminação da dupla tributação dos juros e direitos de autor de empresas associadas estabelecidas em diferentes países da UE, isentando-as da imposição no Estado de proveniência;

Algumas iniciativas recentes da Comissão visam promover uma maior *coordenação dos sistemas de fiscalidade direta dos países da União Européia*, a fim de eliminar as atuais barreiras fiscais que afetam o bom funcionamento do mercado único. A coordenação neste domínio assenta em três elementos fundamentais: eliminação da discriminação e da dupla tributação; prevenção da não tributação involuntária; e redução dos custos de cumprimento da legislação incorridos pelos sujeitos passivos de mais de um sistema fiscal.

O objetivo que preside à coordenação dos sistemas de fiscalidade direta dos países da UE, que não estão harmonizados, é torná-los compatíveis não só com o direito europeu mas também entre si.

Até ao momento, a Comissão lançou iniciativas de coordenação específicas nos domínios de *tributação de saída, do tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras* para empresas e grupos e das *medidas antiabuso* na área da fiscalidade direta, tanto na União Européia como em relação a países terceiros.

3 CONCLUSÃO

O Mercosul pretende ser um Mercado Comum, como preconizado pelo art. 1º do Tratado de Assunção, com a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, mediante a eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias à circulação desses fatores produtivos; com o estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum – TEC e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados.

Na prática, o Mercosul pode ser considerado, atualmente, uma zona de livre comércio e uma união aduaneira em fase de consolidação, com matizes de mercado comum.

Importante ressaltar que a consecução dos objetivos do Mercosul depende essencialmente que suas deliberações seja efetivamente acatadas pelos Estados Partes e, para tanto, é indispensável que haja um rápido e eficaz processo de harmonização legislativa do direito internacional para o interno, o que na prática não vem ocorrendo em razão das divergências constitucionais dos Países Partes.

O art. 1º do Tratado de Assunção reafirma que a harmonização das legislações dos Estados Partes nas áreas pertinentes é um dos aspectos essenciais para conformar um Mercado Comum.

A aprovação do Código Aduaneiro do Mercosul marcou um estágio importante nesse processo, mais relevante quando estabelece a aplicação supletiva da legislação aduaneira dos Estados Partes, priorizando a aplicação do direito comum ao direito nacional.

O mesmo fenômeno ocorre na União Européia. As regulamentações fiscais divergentes constituem um entrave residual importante à plena realização do mercado único.

As eventuais incompatibilidades entre os diferentes sistemas nacionais de tributação em vigor na União Européia traduzem-se por obstáculos às trocas comerciais e uma fragmentação do Mercado Comum, resultando na redução do desempenho na competitividade internacional dos operadores europeus.

A essência da política fiscal na União Européia é que a política fiscal do Estado membro não prejudique os outros Estados membros.

O art. 99 do Tratado de Roma traz a cláusula da unanimidade, que dificulta a harmonização da fiscalidade nos Estados membros.

A exigência de aprovação por unanimidade por parte do Conselho das propostas sobre harmonização fiscal impede a aprovação de medidas

que desagradem os interesses de um Estado membro, fato inconciliável com a idéia de supranacionalidade que vigora no direito comunitário, dificultando o objetivo da integração.

Ao mesmo tempo, o art. 99 estabelece uma regra programática para a concretização da harmonização das legislações dos Estados membros em matéria de tributação, visando a construção de um Mercado Comum.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. Mercosul & União Européia – *Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

FORTE, Umberto. *União Européia. Comunidade Econômica Européia*. (Direito das Comunidades Europeias e harmonização fiscal). São Paulo: Malheiros, 1994.

STELZER, Joana. *União Européia e Supranacionalidade Desafio ou Realidade?* Curitiba: Juruá, 2009.

SALDANHA, Eduardo. *Harmonização Legislativa Tributária no Mercosul e na União Européia*. Curitiba: Juruá, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. Capital Estrangeiro e Princípio da Não-discriminação Tributária no Direito Interno e nas Convenções Internacionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 87, dezembro 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRA, Liziane Angelotti. Integração Regional e Tributos sobre o Comércio Exterior no Mercosul. *Revista da PGFN*. Brasília. v. 2, dezembro, 2011.



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES À DISPENSA IMOTIVADA NO BRASIL E NA ITÁLIA

*BRIEF OBSERVATIONS ON THE LIMITS OF DISMISSAL WITHOUT
CAUSE IN BRAZIL AND IN ITALY*

Cristiane Cantarelli Pouey
Procuradora Federal com atuação em matéria previdenciária
Especialista em Direito Público

SUMÁRIO: Considerações Introdutórias; 1 Regimes de Estabilidade; 2 Breve Análise da Evolução Histórica da Proteção à Dispensa Imotivada no Brasil; 3 Considerações sobre a Proteção à Dispensa Imotivada na Itália; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Como interesse social relevante, a manutenção dos contratos de emprego tem como seu principal meio de viabilização a proteção à dispensa imotivada, garantidora não só da continuidade dos vínculos, mas também da qualidade da relação de emprego. A abordagem do tema em nosso país teve uma evolução histórica característica, que passou pela estabilidade absoluta e resultou hoje numa espécie de estabilidade imprópria. Em outras palavras, a dispensa é ato potestativo do empregador havendo, no entanto, mecanismos que desestimulam a prática por meio da imposição de ônus pecuniários. Apesar de adotarmos a estabilidade imprópria, há forte tendência pela busca de uma segurança relativa, o que tem respaldo na Constituição Federal e na Convenção 158, da OIT. A Itália, por sua vez, adota o modelo de estabilidade relativa, com certas peculiaridades que seriam viáveis no modelo brasileiro. Assim, o presente estudo visa a traçar linhas gerais sobre a proteção à dispensa imotivada nos dois países a fim de que eventuais práticas italianas possam estimular o aumento da proteção em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensa Imotivada. Emprego. Estabilidade. Proteção. Brasil. Itália.

ABSTRACT: How relevant social interest, maintenance of employment contracts have as their primary means of protecting the viability waiver unmotivated, not only guarantor of the continuity of the bonds, but also the quality of the employment relationship. The theme in our country had a historical evolution feature, which passed by absolute stability and resulted in improper stability. In other words, the dismissal is potestative act of the employer having, however, mechanisms that discourage the practice by imposing a pecuniary burden. Despite adopting this mechanism, there is a strong tendency for the search of relative stability, which is supported by the Federal Constitution and Convention 158 of the ILO. Italy, meanwhile, adopts the model of relative stability, with certain peculiarities that fit with the Brazilian model. Thus, this study aims to outline provisions for protection waiver unmotivated in both countries so that any Italian practices can stimulate increased protection in our country.

KEYWORDS: Dismissal without Cause. Employment. Stability. Protection. Brazil. Italy.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A manutenção do vínculo entre empregado e empregador é, notadamente, interessante tanto para as partes diretamente envolvidas como para a sociedade como um todo. O interesse óbvio do empregado na continuidade de sua relação laboral diz respeito à subsistência, proporcionada pelo recebimento de salário em troca da força de trabalho. O empregador, por seu turno, necessita de mão-de-obra para manter o funcionamento da empresa, e quanto mais especializada a força de trabalho, melhor é aproveitada, já que apresenta um maior desempenho e qualidade. Além disso, um empregado estimulado e envolvido por seu empregador tende a motivar-se no desempenho de suas tarefas, aumentando a lucratividade de quem explora o trabalho. Segundo Carmen Camino, “não é apenas o salário, pago pelo empregador, que é essencial para o empregado. A força de trabalho, entregue pelo empregado, é, também, necessária para o empregador”¹.

Ghezzi e Romagnoli lembram outras concretizações da manutenção da relação de emprego, mediante a efetiva proteção contra a dispensa imotivada - como a possibilidade de qualificação profissional, estímulo e perspectiva de crescimento na empresa, continuidade e adequação da renda:

aspiração do trabalhador àquele complexo de bens - qualificação profissional, continuidade e adequação da renda, perspectiva de carreira - que são indissolavelmente ligados à ocupação em tempo integral e por tempo indeterminado; uma aspiração que, no período pós-Constituição, permaneceu constantemente no vértice dos pensamentos dos sindicatos e, por fim, foi protegida também pelo legislador².

Para a sociedade, o desemprego não é interessante, em especial porque o trabalho permite o alcance da dignidade humana, como uma afirmação democrática. O desemprego também estimula a precarização das relações de trabalho. Segundo Mauricio Godinho Delgado:

o trabalho com garantias mínimas [...] torna-se, na prática, o grande instrumento de alcance do plano social da dignidade humana. Ou seja, torna-se o instrumento basilar de afirmação

1 CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 100.

2 GHEZZI, Giorgio; ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995. p. 41. Tradução nossa.

pessoal, profissional, moral e econômica do indivíduo no universo da comunidade em que se insere³.

Aponta o autor ainda outros aspectos negativos do desemprego: para o empregador e sua família, desordens econômicas, sociais e psicológicas; para a sociedade, em especial no caso de desemprego em largas escalas, além da natural “desestruturação do sistema de convivência interindividual e comunitária”⁴, desordens no sistema previdenciário e assistencialista, agravamento da diferenciação e exclusão social, etc. Daí sempre vigorar no direito do trabalho tradicional a cultura de preservação do vínculo de trabalho, “desde que a dispensa não se funde em causa jurídica relevante”⁵. Também as políticas econômicas restam prejudicadas em sociedades com grandes índices de desemprego⁶.

No esquema de Plá Rodriguez⁷, dessa continuidade natural dos contratos laborais resultam algumas diretrizes do direito do trabalho, a saber, a previsão do contrato a prazo determinado apenas como forma excepcional, a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a manutenção dos contratos no caso de alteração na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa que não afete a atividade econômica desenvolvida.

Diante do exposto fica evidente a necessidade e o interesse na tutela da continuidade da relação de emprego, princípio consagrado em nosso direito trabalhista - embora não consagrada em nosso direito a impossibilidade de dispensa do empregado como prerrogativa potestativa do empregador⁸.

Existem diversas medidas que servem como instrumento do direito do trabalho para opor resistência ao desfazimento do vínculo laboral. Carmen Camino⁹ explica com clareza que tais medidas possuem abrangência gradual: a *estabilidade imprópria*, hoje vigente no Brasil, tende a impor ônus ao empregador com a intenção de desestimular a dispensa – por exemplo, a indenização compensatória de 40% sobre os depósitos

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1095.

4 DELGADO, 2006, p. 1097-8.

5 Ibid., p. 1095.

6 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT*. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820/convencao-158-da-oit#ixzz26ag5O12K>> Acesso em: 24 set. 2012.

7 apud CAMINO, 2004, p. 100-2.

8 DELGADO, 2006, p. 1095-6.

9 CAMINO, op. cit., p. 531.

do FGTS e a recentemente regulamentada proporcionalidade do aviso prévio; a *estabilidade relativa*, que protege contra a dispensa aleatória e contra a dispensa abusiva, conforme preconizado pela Convenção 158 da OIT e pelo art. 7º, I, CF/88; e a *estabilidade plena*, que proíbe totalmente a despedida do trabalhador, salvo falta grave do empregado, reconhecida em processo judicial, modelo utilizado no Brasil antes da implementação do regime do FGTS.

1 REGIMES DE ESTABILIDADE

Estabilidade, em sua acepção jurídica, “consubstancia o direito do empregado de manter-se no emprego, salvo situações exaustivamente previstas na lei, retirando do empregador o direito de resilir o contrato de forma aleatória”¹⁰. Este conceito em seu sentido mais restrito é que caracteriza a chamada estabilidade plena, que teve consagração em nosso direito na CLT, art. 492, a partir de dez nos de vigência do contrato de trabalho¹¹, ou seja, primeiramente elevada a um grau absoluto. A única possibilidade de dispensa ocorria pela falta grave do empregado, reconhecida por decisão judicial transitada em julgado.

No entanto, a tendência é a relativização dessa garantia, sendo substituída pela proteção contra a dispensa abusiva ou aleatória¹². E nesse sentido, a mera imposição de ônus ao empregador pela dispensa (estabilidade imprópria, que passou a ter vigência no Brasil a contar de 1967) ganha relevância secundária, já que na prática não se mostra eficaz na proteção das relações de emprego. A estabilidade relativa – como é chamada a proteção contra a dispensa abusiva ou aleatória –, com diretrizes traçadas na Convenção 158 da OIT, já vem sendo adotada em diversos países.

Carmen Camino¹³ diferencia o despedimento abusivo daquele aleatório: este, sendo o despedimento “sem motivação social justificadora do ato” e aquele contemplando a dispensa exercida “com motivação discriminatória ou com o intuito de constranger o empregado, violando qualquer dos seus direitos de personalidade”.

A estabilidade imprópria é a imposição de onerosidade econômica ao empregador a ponto de desestimular a dispensa do empregado.

10 CAMINO, op. cit., p. 523.

11 “Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

12 CAMINO, op. cit., p. 518.

13 Ibid., p. 524.

A despedida é possível, apenas desinteressante ao empregador. O empregado, por sua vez, não possui a garantia de emprego, mas recebe uma compensação pecuniária.

São exemplos desses tipos de ônus a proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço, a indenização pela despedida e as perdas e danos decorrentes da dispensa abusiva¹⁴.

Em nosso país, a *indenização pela despedida* que visa a desestimular a dispensa do empregado é o percentual rescisório de que são acrescidos os depósitos do FGTS no caso da dispensa sem justa causa. Era previsto originariamente - Lei 5105/66 - no percentual de 10% sobre a totalidade dos depósitos do curso do contrato. Com a Constituição de 1988, passou a 40%. A Lei 8036/90, que hoje rege o Fundo de Garantia, incorporou o percentual da CF/88. No caso da dispensa por culpa recíproca ou força maior o percentual era de 5% na vigência da Lei 5105/66 e com a Constituição Federal de 1988 passou para 20%, sendo mantido pela Lei 8036/90. Em 2001, a Lei Complementar 110 passou a prever um acréscimo de 10% ao percentual rescisório, a título de contribuição social de forma que, a contar de 27.09.2001, o empregador, na dispensa injusta, paga 50% de acréscimo sobre os depósitos da contratualidade, sendo 40% para o empregado e 10% de contribuição social.

O *aviso prévio proporcional* embora previsto na Constituição Federal não tinha aplicabilidade em razão de não possuir lei regulamentadora, o que restou resolvido com a edição da sucinta Lei 12.506/11, em vigor desde 13/10/2011. Assim, serão acrescidos três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa (até um acréscimo máximo de 60 dias) aos trinta dias constitucionais (art. 7, XXI, CF) de aviso prévio.

Por fim, as *perdas e danos decorrentes da dispensa abusiva* estão previstos na Lei 9.029/95 e revelam a possibilidade de o empregado dispensado abusivamente (despedida discriminatória) optar, além da indenização pelos danos morais sofridos, pela reintegração no emprego ou por indenização compensatória:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

[...]

¹⁴ CAMINO, op. cit., p. 522.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A estabilidade imprópria é a vigente hoje no Brasil, especialmente porque pende de regulamentação o 7º, I, CF.

Por fim, a estabilidade relativa, que é a forma de proteção à continuidade da relação de emprego hoje adotada em grande parte dos países. Permite a dispensa do empregado, mas exige a motivação pelo empregador. Apenas o despedimento aleatório – e, é claro, o abusivo –, assim entendido aquele sem motivo relevante, é vedado.

Filosofia consagrada na Convenção 158, da OIT¹⁵, é uma forma de relativização à possibilidade de dispensa do empregado, apenas permitida em casos expressamente previstos em lei, que dizem respeito a fatores extrínsecos – geralmente motivos técnicos, econômicos ou financeiros – ou a fatores intrínsecos da relação de emprego – “justas causas decorrentes de atos ou omissões faltosas do empregado (*motivo disciplinar*); segundo

15 “Após o final da 1a. Grande Guerra (1919 - Tratado de Versalhes) é criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e ao final da 2a. Guerra Mundial (1944 - Conferência de Filadélfia) o campo de atuação da OIT é ampliado, consagrando-se os princípios de que o trabalho não é mercadoria e de que o progresso econômico, apesar de importante, não é suficiente para assegurar a justiça social, cabendo aos Estados a imposição de limites ao poder econômico para fins de preservação da dignidade humana” (MAIOR, 2004)

a legislação brasileira), ou a circunstâncias impeditivas da prestação pessoal do trabalho”¹⁶. Embora a CF traga essa proteção no art. 7º, I remete à lei complementar a previsão:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Nesse sentido, brilhante a crítica explanação de Souto Maior:

Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional. O inciso I, do art. 7º, em questão, faz menção, é verdade, à indenização como forma de concretizar a garantia constitucional e o artigo 10, inciso I, do ADCT, estipulou a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, para valer enquanto não votada a Lei Complementar, mencionada no inciso I, do art. 7º. No entanto, há de se reconhecer que a Constituição ao proibir a dispensa arbitrária acabou por criar uma espécie qualificada de dispensa.

Desse modo, a dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do art. 482, da CLT, terá que, necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. A indenização prevista no inciso I, do art. 10, do ADCT, diz respeito, portanto, à dispensa sem justa causa, que não se considere arbitrária, visto que esta última está proibida, dando margem não à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, quer dizer, à reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isto possível ou recomendável, a uma indenização compensatória.

¹⁶ CAMINO, op. cit., p. 525.

Lembre-se, a propósito, que o art. 7º, I, mesmo tratando da indenização não exclui a pertinência da aplicação de “outros direitos”, como forma de tornar eficaz a garantia.

Assim, aplicados os preceitos constitucionais e legais, sob o âmbito individual, passam a existir quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a motivada (mas, sem justa causa); c) a com justa causa (art. 482, da CLT); e d) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95)¹⁷

2 BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À DISPENSA IMOTIVADA NO BRASIL

Na CLT, art. 492, foi consagrada a estabilidade absoluta, a contar do décimo ano de vigência do contrato de trabalho. Vigia também, a indenização pela despedida, com base no art. 478, CLT. Mauricio Godinho Delgado¹⁸ explica que, em relação ao princípio da continuidade da relação de emprego,

o sistema celetista tradicional era um verdadeiro elogio ao mencionado princípio. De um lado, previa significativo e crescente contingenciamento econômico-financeiro às dispensas sem justa causa em contratos superiores a um ano, por meio de uma indenização rescisória que se calculava segundo o período contratual do empregado (caput dos arts. 477 e 478, CLT, hoje revogados tacitamente); de outro lado, a partir do décimo ano de contrato (período encurtado para nove anos pela prática jurisprudencial trabalhista da época: antigo Enunciado n. 26, TST), a dispensa injusta tornava-se juridicamente inviável, em face da estabilidade no emprego assegurada pela regra heterônoma trabalhista (arts. 492/500, CLT).

O autor¹⁹ lembra que o governo autoritário instaurado em 1964 viabilizou uma política econômica liberal, que se contrapunha ao sistema estabilitário rígido vigente. Assim, criou, por meio da Lei 5.107/66, uma alternativa às previsões celetistas, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que, na verdade, a partir de 01 de janeiro de 1967 sequer era alternativa, mas sim a única possível opção para os contratos celebrados.

¹⁷ MAIOR, op. cit., 2004.

¹⁸ DELGADO, 2006, p. 1098.

¹⁹ Ibid., p. 1098-9.

O FGTS impossibilitou a estabilidade decenal celetista e reduziu o impacto econômico para o empregador na dispensa do trabalhador com menos de dez anos de serviço. O sistema anteriormente vigente foi substituído por um mecanismo de depósitos mensais, acrescido de percentual rescisório nos casos de dispensa injusta.

Assim, propiciou-se a denúncia vazia dos contratos de emprego, autorizando-se a despedida dos empregados sem que houvesse a necessidade de uma justificativa relevante, “noutras palavras, o motivo para a ruptura do contrato exigido pela ordem jurídica é interno, íntimo à vontade empresarial – trata-se do simples exercício do arbítrio pelo empregador”²⁰.

Dessa forma, nas Constituições subsequentes gradativamente foi sendo atenuada a aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego, mediante o incremento do FGTS, até que, com a Constituição de 1988, que tornou o FGTS aplicável a todos os empregados – salvo os domésticos –, foi perfectibilizada a compatibilidade entre o fundo e algumas estabilidades. Mauricio Godinho Delgado esclarece que:

A Constituição de 1988, embora não tenha avançado significativamente nesta seara, pelo menos suplantou a contradição da ordem constitucional autoritária anterior, abrindo possibilidade a certa interpretação valorizadora do princípio da continuidade da relação de emprego. É que tornou o FGTS regime genérico aplicável a todo empregado (excetuado, ainda, o doméstico: art. 7º, III, CF/88). Com isso eliminou qualquer incompatibilidade entre o Fundo de Garantia e os institutos de garantias provisórias de emprego e, até mesmo, estabilidade (exceto a decenal celetista, é claro: art. 492, CLT). Hoje, o fato de o obreiro estar vinculado ao Fundo não obsta a que seja favorecido pela estabilidade decorrente de norma jurídica (por exemplo, servidores públicos regidos pela CLT, mas estáveis e com direito ao FGTS: art. 19, ADCT/CF-88; art. 41, CF/88). Não há também incompatibilidade entre o Fundo de Garantia e vantagens estabilidárias derivadas do contrato ou de regulamento empresarial.²¹

Com a Constituição de 1988 foi manifestada uma preocupação com a arbitrariedade nas despedidas: com os art. 7º, I e 7º, XXI são tomadas medidas de constrangimento às despedidas. São onerosidades impostas ao empregador como forma de desestimular a dispensa imotivada, no

²⁰ Ibid., p. 1099.

²¹ DELGADO, op. cit., p. 1100.

caso a proteção à dispensa arbitrária ou sem justa causa, mediante indenização compensatória, e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Infelizmente, a jurisprudência firmou-se no sentido de negar eficácia imediata aos dispositivos (a situação da eficácia do dispositivo constitucional que prevê o aviso prévio proporcional restou superada com a edição da Lei 12.506/11).

No caso da proteção da dispensa arbitrária, ainda pendente de decisão a ADI que questiona a constitucionalidade da denúncia da Convenção 158, da OIT, pelo Presidente da República²². Ainda assim, o entendimento jurisprudencial é de que há necessidade de edição de lei complementar para que seja implementada a vedação à dispensa arbitrária prevista no art. 7º, I, CF. A despeito dos entendimentos de inconstitucionalidade da denúncia, e da exigência de lei complementar para a aplicabilidade do art. 7º, I, CF, fato é que a Convenção 158 da OIT e nossa Constituição Federal estão em perfeita consonância ao entender pela vedação à dispensa imotivada. Além disso, Souto Maior lembra que “O modelo jurídico nacional já traz, há muito, definição neste sentido, entendendo-se como arbitrária a dispensa que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT”²³.

Percebe-se, assim, que nosso país passou inicialmente pela estabilidade absoluta e hoje vive dias de estabilidade imprópria. Mas é inegável que a estabilidade relativa, presente em diversos países e sustentada pela Convenção 158, da OIT, é tendência também no Brasil, já que desde a Constituição de 1988 é evidente essa busca por acentuar os instrumentos constrangedores da dispensa – previsão e posterior regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de contrato e

²² A Convenção teve vigência internacional a partir de 23.11.1985 e passou a vigorar no direito pátrio em 05.01.1996, após aprovação pelo Congresso Nacional e depósito da carta de ratificação pelo governo brasileiro na Repartição Internacional do Trabalho, da OIT. Carmen Camino lembra que a promulgação da Convenção 158, da OIT, pelo Decreto 1.855/96, gerou debate interno com relação à eficácia, segundo a autora, “ensejando intenso debate doutrinário e jurisprudencial em torno da sua eficácia vinculativa, diante da exigência de lei complementar regulamentadora do instituto da proteção contra o despedimento abusivo” (CAMINO, 2004, p. 527). Diante das pêsões internas, após pouco mais de seis meses da promulgação, a Convenção foi denunciada. A constitucionalidade da denúncia está sendo apreciada na ADI 1625, ainda pendente de julgamento.

²³ MAIOR, 2004. O autor entende que “a dispensa imotivada não foi recepcionada pela CF/88 e que os preceitos da Convenção 158 da OIT expressos no art. 7º, I, CF, possuem eficácia plena [...] O inciso I, do art. 7º, em questão, faz menção, é verdade, à indenização como forma de concretizar a garantia constitucional e o artigo 10, inciso I, do ADCT, estipulou a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, para valer enquanto não votada a Lei Complementar, mencionada no inciso I, do art. 7º [...] Lembre-se, a propósito, que o art. 7º, I, mesmo tratando da indenização não exclui a pertinência da aplicação de ‘outros direitos’, como forma de tornar eficaz a garantia”.

alteração de 10 para 40% e, após, 50% do percentual de acréscimo rescisório do FGTS – e implantar uma efetiva estabilidade relativa – previsão constitucional do instituto e ratificação da Convenção 158, da OIT, mesmo que tenha sido negada pelo STF a aplicabilidade imediata ao art. 7º, I, CF e denunciado pelo Presidente da República o referido tratado.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO À DISPENSA IMOTIVADA NA ITÁLIA

A proteção à dispensa imotivada na Itália teve um caminho um pouco diferente daquele percorrido no Brasil. O Código Civil italiano de 1942 não fazia distinção entre a dissolução contratual promovida pelo empregador e aquela de iniciativa do empregado. Tal entendimento decorria do pressuposto de igualdade formal entre as partes e concedia ampla liberdade tanto ao patrão como ao trabalhador na dissolução do vínculo entre eles, exigindo apenas a concessão de um aviso-prévio – ressalvada a justa causa. Havia previsão, porém, de garantias temporárias de emprego como, por exemplo, no caso de acidente do trabalho, gravidez, etc.

Algumas leis posteriores estenderam a proteção temporária a outras situações, mas a grande conquista veio, de fato, com as negociações coletivas, que passaram a distinguir entre dispensas individuais e coletivas e a estabelecer requisitos essenciais à validade da despedida – por exemplo, a presença de um justificado motivo –, sob pena de readmissão ou do pagamento de indenização compensatória. Porém, tais vitórias alcançavam apenas os empregados vinculados aos sindicatos acordantes e, ainda assim, apenas nas empresas com mais de 35 empregados.

Lorena Porto²⁴ faz uma interessante abordagem do tema:

A disciplina construída pela negociação coletiva - que perdurou quase duas décadas (1947-1965) -, frente à evidente resistência dos empregadores, não conseguiu colocar um limite “real” ao poder de dispensa imotivada, mas apenas desestimulá-lo através de sanções pecuniárias. Mas apesar das duras críticas da doutrina da época quanto às suas limitações, tal disciplina exerceu papel considerável “pela sua imediata operacionalidade, pelas suas potencialidades experimentais [...] pela sua desejável preliminariedade em relação

24 PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Roma: Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 2008. 383p. (Tese, doutorado em Direito), p. 117.

a uma futura intervenção da legislação”, além de ter introduzido inovações, como a distinção entre dispensas individuais e coletivas e a diferenciação de disciplina de acordo com os vários tipos de dispensa (ordinária, disciplinar, de represália). In GRANDI, Mario. *Licenziamento e reintegrazione*. p. 10-12. Tradução nossa.

Em 1966, então, foi editada a Lei 604, que passou a exigir uma motivação para a validade da despedida. O ônus da prova desta justa causa ou justificado motivo era, por óbvio, do empregador. Eram previstas algumas exceções, como bem ressalta Lorena Porto²⁵, ao afirmar que a lei

excluía de seu âmbito algumas categorias de trabalhadores: os empregados ocupantes de cargos de confiança (“dirigenti”), os trabalhadores em período de prova, os que já haviam alcançado os requisitos para a aposentadoria ou que possuísem mais de 65 anos de idade, e os que trabalhavam para empregadores, que, exercentes de atividade com ou sem fins lucrativos, possuísem menos de 36 empregados. Estes continuavam, destarte, sob a égide do art. 2.118 do CC/42 (dispensa “ad nutum”).

Além de não regular as dispensas coletivas, a Lei 604/66 permitia ao empregador optar entre a readmissão do empregado ou o pagamento de indenização - salvo dispensa discriminatória, cuja consequência era a declaração de nulidade do ato do patrão. A tutela de emprego mediante a opção entre readmissão ou pagamento de indenização é chamada *tutela obrigatória*, em contraposição à *tutela real*, mais protetiva, que obriga a reintegração do empregado dispensado imotivadamente, e que foi introduzida no direito italiano pela lei Lei 300/70, o chamado Estatuto dos Trabalhadores.

Este diploma representou grande avanço na proteção ao trabalhador, mas manteve de fora os empregados de determinadas categorias de empregadores, como os exercentes de atividades sem fins lucrativos, as unidades produtivas das empresas industriais e comerciais com menos de 16 empregados e das empresas agrícolas, com menos de 6 trabalhadores, situação que alcançava quase todos os empregados italianos. Diante da possibilidade de um referendo ab-rogativo das exceções em questão, foi aprovada a Lei 180/90,

que redefiniu a área de aplicação da proteção contra a dispensa imotivada e introduziu algumas inovações. O objetivo desse diploma

²⁵ Ibid., p. 118.

foi exatamente o de evitar a realização do referendo (fixado para o dia 03 de junho de 1990) [...]

Como ressaltam GIORGIO GHEZZI e UMBERTO ROMAGNOLI, a Lei n. 108/90, que modificou tanto a Lei n. 604/66, quanto o art. 18, da Lei n. 300/70, representou um compromisso político, assim descrito: a pressão social para unificar as tutelas legais preexistentes, universalizando a tutela real, não venceu; mas foi generalizada a figura da dispensa vinculada a um motivo e o art. 2118, CC, embora não tenha sido completamente expurgado do ordenamento jurídico, foi confinado às margens do mesmo, desenvolvendo uma função reguladora residual'. De fato, 'com exceção de algumas categorias de trabalhadores, não numerosas, nem apinhadas, a espinha dorsal da disciplina da cessação do contrato de trabalho – isto é, igualdade formal das partes – foi despedaçada'.²⁶

Assim, o regime vigente na Itália²⁷ no caso das dispensas por iniciativa do empregador (o empregado tem liberdade total de dissolução do vínculo, bastando conceder aviso-prévio) é o da despedida justificada, com algumas exceções:

- o empregado doméstico - justificado pela relação de fidúcia exigida no trabalho dentro da residência do empregador, já que o direito italiano preocupa-se notadamente com a tutela da família;
- o empregado com mais de 65 e com condições de se aposentar com proventos integrais (que continuava trabalhando além de seu próprio interesse também no interesse da administração previdenciária, pois continuaria contribuindo ao regime) - já que possui fonte de subsistência (proventos de aposentadoria) e abriria um posto de trabalho, permitindo maior oportunidade de trabalho aos mais jovens (o desemprego de jovens é um grave problema na Itália atual);
- os atletas profissionais - que possuem legislação própria;

²⁶ PORTO, op. cit., p. 119-20.

²⁷ Em julho de 2012 entrou em vigor a Lei 92/12, que promoveu uma reforma trabalhista na Itália e alterou algumas das regras aqui estudadas.

- os contratados pelo período de experiência (contratos com duração prevista em normas coletivas, de no máximo seis meses) – em razão natureza do contrato. A questão da constitucionalidade do dispositivo foi discutida, mas prevaleceu o entendimento pela validade da norma, porém com a vedação de dispensa ilícita ou discriminatória, cujo ônus de prova recai sobre o empregado dispensado. Além da dispensa ilícita ou discriminatória também tem a possibilidade o experimentado de comprovar que não foram avaliadas suas capacidades ou que, avaliadas, satisfizeram o empregador;
- os detentores de cargos ou função de confiança (constitucionalidade reconhecida pela corte constitucional, apenas com divergência sobre o enquadramento – se apenas o diretor geral da empresa ou se abrange outros dirigentes. Além disso, existe jurisprudência contrária à exceção por entender que a relação de fidúcia não é a mesma do empregado doméstico) - relação especial de fidúcia com o empregador. São protegidos, via de regra, pela tutela obrigatória.

Existem ainda casos de garantias temporárias de emprego em razão de situações específicas, por exemplo, exercício de cargo eletivo, doença do trabalho, gravidez, casamento, etc., situações em que os empregados apenas podem ser dispensados por justa causa ou por cessação da atividade empresarial, sob pena da dispensa ser considerada temporariamente ineficaz em alguns casos, e nula em outros (reintegração acrescida indenização pelo período de afastamento). Porém, não abordaremos o assunto das garantias temporárias de emprego com mais detenção por não ser este o objeto do estudo.

À exceção dos casos acima aborados, a dispensa apenas pode ocorrer no caso de justa causa ou justificado motivo. O empregador deve avisar o empregado por escrito da dispensa e, em até 15 dias, o empregado pode solicitar os motivos, caso em que o patrão terá 7 dias para responder, sob pena de nulidade da dispensa, o que não obsta, porém, nova dispensa com efeitos *ex nunc*, desde que, desta vez, cumpridos os requisitos formais.²⁸ No prazo decadencial de 60 dias, contados da ciência dos motivos, o empregado pode contestar sua

²⁸ Lorena Porto complementa dizendo que “os motivos comunicados por escrito ao empregado são imodificáveis, não podendo o patrão invocar em juízo razões diversas. A imodificabilidade dos fatos alegados não se confunde com a possibilidade de se dar aos mesmos uma qualificação jurídica diversa, o que

dispensa – declaração de ilegitimidade, com ressarcimento do dano. Passado este prazo, pode ajuizar uma ação ordinária de reparação de danos eventualmente sofridos, desde que a dispensa tenha ocorrido por fato injusto – indenização por fato ilícito.

A justa causa no direito italiano não é tipificada em lei, mas é definida pelo Código Civil italiano em seu artigo 2119 como “uma causa que não permite a continuação, mesmo que provisória, da relação de emprego”. Assim, quem determina os casos a ser aplicada a justa causa é a doutrina e a jurisprudência italianas, havendo uma corrente, majoritária na doutrina, que restringe as hipóteses de justa causa ao âmbito contratual - assim entendido um inadimplente grave da relação de emprego – e uma segunda corrente, majoritária na jurisprudência, que estende a abrangência da justa causa a fatos alheios a relação de emprego, mas que “têm o condão de atestar a inidoneidade do trabalhador, não do ponto de vista físico ou técnico, mas, sim, em relação às qualidades pessoais (morais, de imagem) necessárias ao desenvolvimento de suas funções contratuais”²⁹.

O justificado motivo, por sua vez, é definido pelo art. 3, da Lei 604/66: “Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, que vem a ser de espécie subjetiva - um notável inadimplemento das obrigações contratuais do empregado - ou objetiva - uma razão inerente à atividade produtiva, à organização do trabalho e ao regular funcionamento desta.

Lorena Porto³⁰ explica que:

Assim como a justa causa, o justificado motivo subjetivo refere-se a uma conduta do trabalhador, exigindo, para a sua configuração, os requisitos acima aludidos, como a importância da falta cometida, a imediatividade, a culpa grave ou o dolo do obreiro e a análise em concreto de seu comportamento²⁹². Demais disso, o juiz não está vinculado à tipificação presente nos contratos coletivos, a não ser em benefício do trabalhador.

pode vir a ensejar, por exemplo, a conversão pelo juiz de uma dispensa por justa causa em uma despedida por justificado motivo subjetivo, como vimos.” (PORTO, 2008, p. 166)

²⁹ Ibid., p. 132.

³⁰ PORTO, op. cit., p. 134.

A diferença entre as duas figuras é de caráter quantitativo, vez que o justificado motivo subjetivo abrange infrações contratuais menos graves, que, por tal razão, não retiram do trabalhador o direito ao aviso prévio²⁹³. Importa observar que a divergência acerca da conceituação da justa causa aqui não se faz presente, vez que ambas as correntes acima citadas, face ao exposto texto legal, convergem no sentido de o justificado motivo subjetivo abranger apenas o inadimplemento contratual.

Destarte, caberá ao magistrado, na análise do caso concreto, aferir e valorar a gravidade da conduta, para distinguir as duas figuras.

Segundo Antonio Alvares da Silva³¹, essa diferenciação quantitativa assemelha-se em demasia à brasileira diferenciação entre justa causa e falta grave (art. 493, CLT).

Por seu turno, o justificado motivo objetivo diz respeito a uma condição da própria empresa. Nas palavras de Luis Sanseverino:³²

A despedida por motivo justificado relaciona, antes de mais nada, com a 'atividade de produção' que a empresa cria, cujas variáveis exigências, do ponto de vista predominantemente econômico, podem requerer modificações no complexo do pessoal, não apenas sob o aspecto quantitativo, mas também qualitativo.

Trata da atividade produtiva da empresa, da organização do trabalho e do regular funcionamento, mesmo não havendo inadimplemento pelo empregado, que é preterido em face das exigências técnicas e econômicas da organização da empresa. Há quem admita, ainda, casos referentes à impossibilidade superveniente do empregado, como acontece nas situações de inidoneidade física superveniente, que permite a dispensa caso não seja possível readaptar o empregado a outra função. Além disso, situações de perda de requisitos essenciais à execução do trabalho como, por exemplo, perda do porte de arma (policial) ou vencimento da permissão de residência na Itália.

A jurisprudência majoritária entende que a dispensa por justificado motivo não pode ter seu mérito analisado pelo judiciário, cabendo apenas analisar a real existência do fato alegado e o seu nexos de causalidade com a dispensa. Ao empregador cabe comprovar a real supressão do posto

³¹ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 106.

³² SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 361.

de trabalho, o motivo objetivo que o levou a escolher dentre os demais aquele empregado para ser dispensado e a inexistência de posto de trabalho na empresa que pudesse ser ocupado pelo empregado despedido (caso de posição de função inferior o ônus da prova da intenção de ocupar recai sobre o empregado dispensado).

De acordo com o tipo de empregador, haverá um ou outro regime de proteção do empregado com relação aos efeitos de uma dispensa injustificada³³. Para os empregadores com mais de 15 empregados³⁴ na unidade produtiva ou empregador rural com até 5 empregados na unidade produtiva (ambos considerado o âmbito do município, e desde que o total de empregados seja inferior a 60), empregadores não empresários, das chamadas organizações de tendência³⁵, independentemente do número de empregados que possuam, o regime é o da tutela obrigatória. Por este regime, o empregador que dispensar o empregado sem justa causa ou justificado motivo, pode optar por readmiti-lo³⁶ ou pagar-lhe uma indenização.³⁷ Optando por readmiti-lo, o empregado pode recusar, caso em que será devida a indenização. Cumpre frisar que esta dispensa imotivada, apesar de ilícita, não é inválida.

Para os demais empregadores que dispensem imotivadamente, a tutela prevista é a chamada real ou forte, que determina a reintegração do trabalhador. A despedida, neste caso, é nula e não produz qualquer efeito, de forma que a relação empregatícia é a mesma, não havendo a formação de novo contrato de trabalho. Ainda são devidos os salários relativos ao período ocorrido entre a dispensa e a reintegração (bem como são devidas as contribuições assistenciais e previdenciárias). Sem prejuízo dessa indenização, o empregado pode requerer a substituição da reintegração por uma nova indenização, equivalente a 15 vezes o valor de sua remuneração mensal, desde que requerido em até 30 dias a contar de sua intimação judicial da sentença que determinou a reintegração. Também possui 30 dias, a contar do convite do empregador, para retornar às atividades, sob pena de ver extinto seu contrato de trabalho.

33 mas sempre sujeitos a uma tentativa prévia de conciliação em sede administrativa ou sindical.

34 ao utilizar a expressão "dipendenti" (empregado) a lei exclui no cômputo as relações não empregatícias.

35 empregadores não empresários que desenvolvam atividades de natureza política, sindical, cultural, educativa ou religiosa, ou seja, é necessário desenvolver atividade eminentemente ideológica e não possuir finalidade lucrativa (natureza empresarial).

36 Ocorre a constituição de um novo contrato de trabalho, e não a reintegração prevista pelo regime de tutela forte.

37 O valor da indenização é pré fixado em lei (o que exime o empregado da produção da prova de dano) e depende do número de trabalhadores da empresa, dimensões do empreendimento, tempo de serviço, comportamento e condições da parte.

Para os empregados públicos cujas relações foram privatizadas, a tutela é a obrigatória, independentemente do número de empregados; os demais (juizes, membros do MP, forças armadas, professores universitários), seguem sendo regidos pelo direito administrativo.

Entretanto, não há meio coercitivo de obrigar o empregador, mesmo que condenado à reintegração, de promovê-la efetivamente. Mesmo que o empregador continue responsável pelo pagamento da remuneração e das demais contribuições – até a extinção da relação, por aposentadoria ou pedido de demissão, por exemplo –, o fato de manter o empregado afastado do trabalho acaba, invariavelmente, levando a que o empregado procure um novo posto de trabalho em outra empresa, o que vai permitir ao empregador originário, que feche aquele posto de trabalho, o que é prejudicial não só para o empregado dispensado, mas para a sociedade como um todo. Daí parte da doutrina defender a possibilidade de cumprimento da ordem de reintegração por meio da execução forçada das obrigações de fazer. Ainda defendem a possibilidade de imposição de uma sanção penal como forma coercitiva de cumprimento da ordem de reintegração.

Ao lado das dispensas *ad nutum*, as protegidas pela tutela obrigatória e as que estão ao resguardo da tutela real, existem proibições legais à dispensa, independente do regime a que o empregado se submeta. São elas as dispensas discriminatórias e aquelas por motivo ilícito ou em fraude à lei. Em ambos os casos o ônus da prova recai sobre o empregado (já que se trata de fato constitutivo de seu direito). Ambas são nulas e obrigam a reintegração do empregado, mesmo que sujeito ao regime de dispensa *ad nutum* ou à tutela obrigatória.

A dispensa discriminatória alcança, além dos motivos político, religioso, étnico, racial, de língua, sexo, deficiência física/mental, de idade, orientação sexual, convicções pessoais, a dispensa motivada pelo engajamento sindical do empregado ou a participação em greves³⁸.

Lorena Porto³⁹ levanta uma questão interessante:

Discussão interessante é aquela relativa à possibilidade da configuração de uma dispensa discriminatória efetuada por uma organização de tendência, vez que, sendo uma determinada ideologia inerente à sua constituição e ao desenvolvimento de suas atividades, seria inconcebível a manutenção de um empregado com convicções divergentes (*v.g.*, o diretor de um partido político de extrema direita

38 A Convenção 158 da OIT também vai neste sentido.

39 PORTO, *op. cit.*, p. 163-4.

que decide converter-se à ideologia marxista). Esta é, inclusive, uma das razões pelas quais tais organizações são excluídas do regime da tutela real. Entende-se, portanto, que não se configuraria a dispensa discriminatória, salvo que o empregado exerça funções neutras, isto é, não relacionadas diretamente ao objeto da organização (*e.g.*, faxineiro, motorista) ou se o fator que motivou a dispensa, de caráter discriminatório, é diverso da ideologia relevante para a organização (*v.g.*, no mesmo exemplo acima, o aludido diretor é dispensado por ser portador do vírus HIV).

Por sua vez, a dispensa por motivo ilícito é aquela contrária às normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes – por exemplo, represália por ação judicial movida pelo empregado ou descumprimento de ordens ilegais –, e a dispensa em fraude à lei é aquela que visa a escapar de uma norma imperativa – por exemplo, dispensa do empregado às vésperas da venda da empresa, com posterior readmissão pelo empregador sucessor.

A legislação italiana protege, ainda, as dispensas coletivas, por guardarem um prejuízo relacionado não só à pessoa do empregado dispensado, como com toda a sociedade. Segundo Lorena Porto⁴⁰, a dispensa coletiva ocasiona “um problema social, que é tanto mais grave quanto maior o número de obreiros dispensados”. Assim, legislador italiano e sindicatos perseguem ao passar do tempo instrumentos para evitar ou minimizar estas dispensas, inclusive orientados por diretivas do legislador da Comunidade Européia.⁴¹

A primeira tentativa surgiu com as negociações coletivas, seguidas pela legislação italiana (Lei 223/91), compelidas pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, já que as tutelas negociais não alcançavam todos os empregados. Espécie de dispensa individual por justificado motivo objetivo (decorre, via de regra, de razões da empresa), tem mais impacto porque envolve um número considerável de trabalhadores.

Caracteriza a dispensa coletiva aquela que alcance, em 120 dias, mais de 5 dispensas na mesma unidade produtiva ou mesma província, desde que o empregador possua mais de 15 empregados e que a dispensa se dê em razão de transformação ou redução da atividade ou do trabalho. Empresas menores e empregadores não empresários não são alcançados pela lei. Caso a empresa volte a contratar no prazo de 6 meses após a

40 Ibid., p. 169.

41 Atualmente, diretiva n. 59, de 1998, que dispõe, em seu segundo considerando, que “é necessário reforçar a proteção dos trabalhadores em caso de dispensa coletiva, levando em conta a necessidade de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade”

cessação do contrato, os empregados dispensados têm preferência na recontração, excluídos casos de diferentes exigências de qualificações profissionais ou requisitos não atendidos pelos empregados dispensados.

Antes da efetivação das dispensas coletivas, os sindicatos – inclusive assistidos por especialistas, se for o caso – buscam alternativas a fim de evitar ou minimizar os danos, por exemplo, mediante readequação dos empregados em outros setores da empresa ou redução da jornada de trabalho. Frustradas as tratativas, passa ao ente administrativo a busca por uma solução que, não alcançada, autoriza as dispensas pelo empregador⁴². Quem define quais os empregados serão dispensados é o próprio empregador, porém obedecendo a critérios objetivos ditados pelos contratos coletivos, ou na ausência deles, critérios supletivos legalmente previstos – encargos familiares, antiguidade e exigências técnico-produtivas e organizativas –, sob pena de invalidade da dispensa. Após, a fim de facilitar o controle do ato, o empregador deve indicar especificamente e com detalhes a aplicação dos critérios de escolha. Não observados estes requisitos, a dispensa é nula e os empregados devem ser reintegrados podendo, porém, optar pela indenização substitutiva.⁴³

Outros mecanismos de proteção às dispensas são a CIG e o TFR. Um chamado amortizador social⁴⁴ do tipo preventivo, a *Cassa Integrazione Guadagni* (CIG), ou Caixa de Integração Salarial, criticada por não possuir aplicação geral (apenas aos industriários), é mecanismo previdenciário que integra ou substitui a remuneração dos empregados em caso de eventos transitórios e situações temporárias de mercado não imputáveis ao empregador (CIG ordinária) e casos de crises econômicas setoriais de reestruturação, reorganização ou reconversão empresariais, de falência, concordata preventiva, liquidação administrativa forçada ou administração extraordinária (CIG extraordinária). Também pode ser utilizada sob a forma de *indennità di mobilità* (indenização de mobilidade), caso em que não é alternativa à dispensa, mas sim, à pressupõe (é paga ao empregado dispensado⁴⁵ e associada a medidas que visam à recolocação do empregado no mercado de trabalho).

Devido em qualquer hipótese de cessação de contrato de trabalho, inclusive nos contratos a prazo determinado, o *trattamento di*

42 Todo trâmite – sindicato, administração, etc. – pode levar até 82 dias até que a dispensa seja de fato efetivada.

43 Porto salienta que “campo de abrangência da disciplina da dispensa coletiva é mais amplo do que aquele da tutela real aplicável às dispensas individuais, de modo que o art. 18, do ET, acaba operando, no caso de dispensa coletiva, também nas empresas que, com relação às dispensas individuais, são excluídas do seu âmbito de abrangência.” (PORTO, 2008, p. 177).

44 Prestação da Seguridade Social.

45 O período varia em razão da idade do empregado dispensado.

fine rapporto (TFR), ou indenização de antiguidade, tem natureza de retribuição diferida. É paga ao final do contrato e é calculada com base na remuneração do empregado e no tempo de serviço. Pode ser antecipada em caso de despesas médicas e para a aquisição da primeira moradia própria ou dos filhos. Empresas em sérias dificuldades financeiras não são obrigadas ao pagamento da indenização. Para proteger o empregado da insolvência do empregador foi criado um Fundo de Garantia junto ao INPS que é formado por contribuições pagas exclusivamente pelos empregadores. Lorena Porto⁴⁶, esclarece que:

Ao pagar esse crédito, o Fundo subroga-se no direito do trabalhador de recebê-lo do empregador, gozando também do privilégio que aquele detém sobre o patrimônio empresarial (art. 2o, §7o, da Lei n. 297/82). O crédito do Fundo é equiparado aos demais créditos trabalhistas, sem gradação ou precedência, como já decidido pela Suprema Corte.

O Fundo de Garantia também assegura ao empregado o pagamento dos créditos relativos aos últimos três meses de contrato de emprego, nas mesmas hipóteses de insolvência do empregador, salvo se o empregado perceber renda alternativa oriunda de trabalho ou benefício previdenciário – a indenização por antiguidade não se submete a esta condição.

Em 2003, então, foi editada a Lei 30 que, regulada pelo chamado Decreto Biagi (DL 276/03), mascarou retrocessos no direito trabalhista italiano sob a forma de terceirizações por tempo indeterminado, inclusive na atividade-fim da empresa, possibilidade de horas extras nos contratos a tempo parcial, etc.

Dessa forma, não foi atingida diretamente a proteção aos contratos de emprego, mas foram ampliadas as situações de contratação desprotegida (sem vínculo de emprego). Foi alterada também a figura da parassubordinação, ampliado suas hipóteses de cabimento e aumentando a possibilidade de contratação de trabalhadores sem vínculo de emprego, com custo cerca de 50% menor que um empregado. São espécies de falsos autônomos, que ganham menos e possuem menos proteção que os empregados. Lorena Porto⁴⁷ manifesta essa preocupação:

Além de ser excluído de todos os direitos acima mencionados, o parassubordinado também não conta com a proteção contra a dispensa imotivada, podendo o seu contrato ser cessado “ad nutum”, conforme ressaltado pela Corte de Cassação na decisão n. 4849,

46 PORTO, op. cit., p. 184.

47 PORTO, op. cit., p. 191.

de 25 de maio de 1996⁴⁸⁰. Demais disso, os parassubordinados não entram na contagem do número mínimo de trabalhadores da empresa necessário para a aplicação do regime da tutela real (art. 18, do ET) ⁴⁸¹. Assim, por meio da parassubordinação, a empresa atinge dois objetivos: a) os parassubordinados não contam com a proteção contra a dispensa imotivada; b) eles servem para reduzir o número de empregados da empresa, para que estes não tenham direito à tutela real, mas apenas àquela indenizatória.

Trata-se, nas palavras da autora⁴⁸ de um “retrocesso sócio-jurídico”.

Os trabalhadores parassubordinados não possuem capacidade de exercer pressão em face dos empregadores. São considerados autônomos, mas são de fato economicamente dependentes. Sua disseminação pode, inclusive, fomentar demandas judiciais, buscando o reconhecimento do vínculo de emprgo – o DL prevê um procedimento segundo o qual um órgão neutro atesta o tipo legal da contratação, porém não há nada que impeça tal declaração de ser impugnada judicialmente (por erro de aplicação do direito ou por desvio, na prática, do tipo de relação).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exemplo italiano de proteção à relação de emprego podemos aproveitar algumas ideias viáveis de serem aplicadas ao nosso direito. Novamente cumpre frisar que, apesar de haver entendimento no sentido de o art. 7º, I, CF/88 não ser auto-aplicável, o comando constitucional já demonstra a intenção do legislador de proteger as relações de emprego contra as dispensas imotivadas, na linha da Convenção 158, OIT. Por outro lado, razoável o sistema italiano de exclusão de algumas classes de trabalhadores desse regime de proteção, já que pela natureza da relação são incompatíveis com a necessidade de motivação do ato de despedimento. Por exemplo, os trabalhadores domésticos, em razão da relação de sensível fidúcia havida entre as partes. Se a reintegração dentro de uma empresa em muitos casos é desaconselhável, o que se dirá de uma reintegração dentro da casa do empregador, onde toda sua vulnerabilidade resta exposta. Também muito interessante a tutela dos trabalhadores já em condições de se aposentar de forma integral, pois a sua saída do mercado de trabalho não lhe traria prejuízos tão graves (possui a renda do benefício de aposentadoria) e ainda permite a abertura de um posto de trabalho, minimizando o desemprego entre os jovens e permitindo a renovação da empresa.

⁴⁸ Ibid., p. 191.

Por outro lado, como bem salienta Lorena Porto⁴⁹, não parece o melhor entendimento aquele de vincular um regime protetivo ao número de empregados da empresa, já que nem sempre reflete a solidez econômica do empreendimento. A autora sugere a diferenciação de regimes baseada no faturamento anual da empresa (até porque empresas com menor capacidade e menor solidez econômica são mais frágeis diante de crises e dificuldades), o que de fato se mostra mais razoável do que o número de empregados. Bastante razoável, também, que tão logo vencido o contrato de experiência e iniciado o contrato a prazo indeterminado o empregado já veja iniciada sua proteção contra a dispensa imotivada, a fim de evitar as despedidas às vésperas da aquisição do direito.

Com relação à dispensa discriminatória a autora lembra que nossa lei “traz um conceito mais restrito de discriminação, referindo-se apenas a condições pessoais do obreiro (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar e idade), não mencionando hipóteses relativas ao exercício de seus direitos, como a filiação sindical ou o ajuizamento de ação contra o empregador.”⁵⁰, o que estaria em descompasso com o comando do art. 3.º IV, CF (“quaisquer outras formas de discriminação”). Assim, a utilização do conceito mais amplo, adotado pela Convenção 158 da OIT e também no direito italiano representaria um grande avanço na tutela conferida aos trabalhadores em nosso país.

A regulamentação do art. 7º, I, CF, por sua vez, seria o maior avanço no campo trabalhista, trazendo ao nosso direito a estabilidade relativa, adequando-se ao comando da OIT e ao próprio desejo do legislador constituinte. Vale mencionar a previsão de possibilidade de o empregado optar pela indenização em detrimento da reintegração, pois ele próprio pode entender desinteressante o retorno a um ambiente possivelmente – mesmo que de forma velada – hostil.

Poderia a antecipação dos efeitos da tutela ser a regra nas ações de reintegração, a fim de evitar que a demora do processo a dificulte ou a torne inviável. Por outro lado, é razoável que o empregado tenha prazo exíguo para requerer judicialmente a reintegração, por exemplo, trinta dias.

O regime de dispensas coletivas italiano também pode ser muito inspirador para o Brasil, especialmente porque proporciona a influência de entes externos na tentativa de recuperação das vagas de emprego.

49 PORTO, 2008, *passim*.

50 PORTO, 2008, p. 311.

Porém seria possível algo mais amplo, assim como numa recuperação extrajudicial, de forma que o caminho para a manutenção dos postos de trabalho passasse por sugestões de cunho organizacional da empresa, evitando que a desestruturação levasse eventualmente ao risco de novas dispensas.

A visão italiana de readaptação do empregado em outro cargo ou função é bastante interessante e deve ser buscada não só nas dispensas coletivas, mas também nas individuais.

O critério de seleção objetivo na escolha dos empregados a serem dispensados é digno de aplausos. Regras claras permitem o controle e critérios objetivos aproximam dos ideais de justiça (se é que é possível chamar de justa uma dispensa). Do direito coletivo também vem a prioridade nas contratações futuras pelo mesmo empregador.

Os fundos, criados para subsidiar parte dos pagamentos dos empregadores inadimplentes é uma ideia interessante, porém deve ser avaliada de forma a não onerar ainda mais o empregador brasileiro, já tão desestimulado frente aos impostos e outros encargos decorrentes da contratação do empregado.

O regime italiano de indenização por tempo de serviço reflete-se em nosso FGTS, porém, além da indenização pelo tempo, o empregador italiano, no caso da dispensa imotivada, deve pagar a indenização em razão da dispensa (no Brasil, o acréscimo de 40% sobre os depósitos de FGTS). Caso tal mecanismo fosse adotado no Brasil na proporção em que vigia antes da criação do FGTS, ainda que não adotado o regime de reintegração, acreditamos que a proteção à dispensa imotivada melhoraria razoavelmente, já que o ônus do empregador seria maior que os atuais acréscimos de FGTS. Assim, restaria melhor tutelada a relação de emprego.

Mas não podemos desmerecer nosso direito e entender que o modelo italiano é um exemplo livre de equívocos. A crise por que vem passando o país europeu e as recentes reformas na legislação trabalhista e previdenciária evidenciam que o direito trabalhista italiano, como o nosso, enfrenta situações desfavoráveis e opera retrocessos, em razão de fatores externos à relação de emprego.

Com intenção de minimizar os efeitos prejudiciais da crise e sob argumento do primeiro-ministro Mario Monti de que a reforma é vital para colocar a economia de volta nos trilhos, foi promovida alteração legislativa na Itália (Lei 92/2012, em vigor a partir de 18.07.2012, a chamada Reforma Fornero, nome dado em razão da principal proponente da reforma, a Ministra do Bem Estar Social Elsa Fornero). A justificativa é que supostamente as leis trabalhistas vigentes antes

da reforma dificultavam a dispensa dos empregados, desencorajando contratação e o investimento estrangeiro. A ideia é flexibilizar as dispensas (reintegração apenas no caso de discriminação comprovada) e aumentar a proteção aos desempregados (universalizando-a), com perspectivas de aumento do número de vagas de emprego no médio prazo. São aumentados os custos do contrato temporário, de forma a desestimular este tipo de contratação. Infelizmente os resultados das reformas não são imediatos e não se pode medir concretamente a influência da medida na geração de postos de trabalho no país. E o pior: o caminho encontrado representa um retrocesso de conquistas trabalhistas de décadas. Uma das grandes preocupações atuais da Itália é com o interesse e futuro dos jovens, já que a taxa de desemprego entre os jovens no país é a maior da Europa⁵¹.

A ministra Elsa Fornero afirmou ao Wall Street Journal, comentando a recente reforma trabalhista italiana, de forma polêmica: “Estamos a tentar proteger as pessoas e não os seus postos de trabalho. A atitude das pessoas deve mudar. O trabalho não é um direito; deve ser conquistado, inclusive pelo sacrifício”.

REFERÊNCIAS

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANNAVÒ, Salvatore. *Fornero em discurso direto: “o trabalho não é um direito”*. Esquerda.net, 15 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.esquerda.net/opiniao/fornero-em-discurso-direto-“o-trabalho-nao-e-um-direito”/23934>>. Acesso em: 25 set. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.

GHEZZI, Giorgio, ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. 3. ed. Bolonha: Zanichelli, 1995.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5820>>. Acesso em: 24 set. 2012.

51 segundo dados divulgados pelo Instituto Nacional de Estatísticas (Istat) a taxa de desemprego da Itália em julho se manteve estável em 10,7%, o nível mais alto desde janeiro de 2004. Entre pessoas com idades entre 15 e 24 anos, a taxa de desemprego avançou para 35,3% em julho, de 33,9% em junho.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Roma: Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 2008. 383p. (Tese, doutorado em Direito).

SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. trad. Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.



**A PROTEÇÃO DOS MERCADOS NACIONAIS
NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA UNIÃO
EUROPEIA, DO MERCOSUL E DA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA**

*THE PROTECTION OF NATIONAL MARKETS WITHIN THE PUBLIC
CONTRACTING: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE
EUROPEAN UNION, MERCOSUR AND THE BRAZILIAN LEGISLATION*

Denise Maria de Araújo

*Procuradora da Fazenda Nacional, atuando na Coordenação Jurídica de Licitações e
Contratos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*

*Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia
Pós-graduada em Contratação Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Protecionismo *versus* liberação; 2. Cenário Internacional; 3. Princípios da concorrência e da igualdade nas diretivas comunitárias e na legislação brasileira; 4. Critérios favoráveis aos bens e serviços produzidos no país e às empresas brasileiras; 5. Bens e serviços de informática e seu regramento na lei brasileira; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata do protecionismo conferido aos mercados nacionais na seara das contratações públicas para aquisição de bens e serviços. As análises abrangem as contratações na esfera da União Europeia, do Mercosul e da legislação brasileira. A abordagem compreende a consonância das prerrogativas concedidas pelo Brasil, tanto diante da normatização internacional (Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos – ACP e Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul), quanto em face da Constituição Federal. O enfoque também é o tratamento da matéria pela União Europeia, tanto nas relações entre os próprios Estados-membros, nos termos das Diretivas Comunitárias, como nas relações com outros Estados, especialmente diante do Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos – ACP.

PALAVRAS-CHAVE: Protecionismo. Mercado. Nacional. Contratação. Pública. União Europeia. Mercosul. Brasil.

ABSTRACT: The article is about protectionism given to national markets regarding public contracts for purchase of goods and services. The scope of the analysis encompasses the contracts made by the countries of the European Union, Mercosur and the Brazilian legislation. The approach comprises the prerogative consonance granted by Brazil, in relation not only by the international standardization (Agreement on Government Procurement – GPA and Mercosur) but also according to the Constitution. The emphasis is also on how the matter is being treated by the European Union both on the relationship among the Member States according to the European Community Directives and with other States, especially in relation to the Agreement on Government Procurement – GPA.

KEYWORDS: Protectionism. Markets. National. Contracts. Public. European Union. Mercosur. Brazil.

INTRODUÇÃO

Os gastos públicos têm crescido muito nos últimos anos e grande parte destina-se à oferta de bens públicos como saúde, educação, defesa nacional, policiamento, regulação, justiça e assistencialismo. Evidentemente, a quantidade e a qualidade dos gastos são diferentes entre os países, mas não se objetiva, nesta seara, discutir os processos e os resultados das escolhas públicas em si.

Destarte, buscando oferecer bens públicos, os Estados gastam muito do que arrecadam na aquisição de bens e serviços.

Para que se tenha uma melhor compreensão do crescente “tamanho dos Estados”, é importante trazer alguns dados. Na Alemanha, por exemplo, o gasto público, em percentual do PIB, passou de 10,0% no final do século XIX (em torno de 1870), para 49,0% em 1996. Considerados estes mesmos períodos, os Estados Unidos passaram de 7,3% para 33,3%, a França saiu de 12,6% para 54,5%, a Itália de 11,9% para 52,9%, o Japão de 8,8% para 36,2% e o Reino Unido de 9,4% para 41,9%. No Brasil, em 2009, apenas o consumo corrente do governo atingiu 20,8% do PIB.¹

Em relatório publicado em fevereiro de 2004, a Comissão Europeia apontou que no ano de 2002 os contratos públicos corresponderam a 16% do PIB da União Europeia, o que equivale a mais ou menos 1500 bilhões de euros.²

Atualmente, portanto, os Estados representam um mercado em franca expansão a ser explorado por empresas nacionais e estrangeiras. Ocorre que se por um lado várias empresas nacionais e estrangeiras tem se interessado pelo fornecimento de bens e serviços para este grande “mercado estatal”, não se pode perder de vista que alguns Estados entendem que tais aquisições podem fortalecer o mercado nacional se a ele forem concedidas algumas prerrogativas.

Paralelamente a isso, a formação de blocos econômicos tem por inspiração uma ideia justamente oposta à da proteção dos mercados nacionais (pelo menos entre os integrantes do próprio bloco).

De tal modo, são nesses pontos que a discussão se insere; assim, analisar-se-á a proteção dos mercados nacionais no âmbito das contratações públicas (aqui entendida a aquisição de bens e serviços) no contexto da União Europeia, do Mercosul e da legislação brasileira.

1 GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

2 VIANA, Cláudia. *Os Princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2007.

1 PROTECIONISMO VERSUS LIBERAÇÃO

Como mencionado, os “mercados estatais” movimentam bilhões a cada ano, o que tem suscitado a discussão sobre a melhor estratégia a ser adotada, donde surgem questionamentos sobre o protecionismo implementado por alguns países, a exemplo do Brasil, ou a liberação dos mercados em escala comunitária, como ocorre na Europa.

No âmbito europeu, logo percebeu-se a importância das contratações públicas, uma vez que estas interferem nas economias nacionais e, por óbvio, na economia em escala europeia. Na verdade, isso demonstra que as contratações públicas são mais do que simples atos jurídicos, sendo também atos econômicos e que, como tais, devem ser estudados e regulamentados.³

Embora alegados vários motivos para o protecionismo nacional no campo dos contratos públicos (desigualdades regionais e setoriais, necessidade de apoio a projetos de alta tecnologia, existência de setores que dependem do fornecimento de bens e serviços ao poder público etc.), o fato é que para fins de formação de um mercado comum, como o europeu, não se afigura possível a manutenção do protecionismo entre os membros, sob pena de se frustrar o próprio intento de integração.⁴

Salienta-se que não há consenso de que a liberalização traria apenas benefícios.

Deveras, a proteção dos mercados nacionais pode se mostrar necessária em algumas situações, como para fazer frente a desigualdades regionais ou para enfrentar a concorrência desleal de outros países, como nos casos de oferecimento de subsídios governamentais indevidos, desconsideração de patentes, exploração da mão de obra visando diminuir custos de produção etc.

Assim, o protecionismo pode ser eficaz para minimizar desigualdades e para promover o desenvolvimento nacional. De toda sorte, não pode ser o mesmo de forma tão desmedida a ponto de gerar uma consequência inversa ao desenvolvimento, como a acomodação do mercado nacional e o sucateamento das forças produtivas do País, em virtude do aniquilamento da concorrência.

2 CENÁRIO INTERNACIONAL

Na esfera da União Europeia, eventuais regulamentações nacionais têm de ser compatíveis com os princípios do Tratado de constituição, bem como com os compromissos assumidos internacionalmente, como ocorreu no âmbito do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio

³ VIANA, op. cit.

⁴ VIANA, op. cit.

(*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*)⁵, e mais tarde na esfera da Organização Mundial do Comércio – OMC, criada a partir das Rodadas de Negociação do Uruguai (1986-1994).⁶

E se assumidos compromissos internacionais, como na seara da OMC, ou da própria União Europeia, devem os mesmos ser respeitados, sob pena de questionamento da atuação contrária.⁷

Registra-se que no circuito das referidas Rodadas de Negociação do Uruguai foi assinado, em 15 de abril de 1994, em Marraquexe, o Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos – ACP (*Agreement on Government Procurement – GPA*), que sucede, assim, ao Acordo sobre Aquisições Públicas do GATT.⁸

Este acordo, firmado no âmbito da OMC, contou com a adesão da União Europeia, com entrada em vigor em 1º de janeiro de 1996, mas não contou, por exemplo, com a adesão do Brasil, embora o Brasil seja um membro da OMC.⁹

Assim, em conformidade com o princípio do tratamento nacional, que é o norte da ACP, cada Estado-membro se obriga a conceder aos produtos, serviços e operadores de outro integrante (em contratos a partir de um determinado valor), o mesmo tratamento que é dado aos produtos, serviços e operadores nacionais. É necessário esclarecer que a seara de aplicação do ACP é mais restrita que o da regulação comunitária, tanto porque está dependente da condição de reciprocidade, quanto porque não inclui algumas entidades adjudicantes, ou ainda porque não cobre todos os tipos de contratos públicos sujeitos à normatividade comunitária.¹⁰

É justamente em face da necessidade de reciprocidade que o ACP não vincula a República Federativa do Brasil, uma vez que esta não é signatária do mesmo. Nenhum país da América do Sul aderiu a este acordo, embora o Chile e a Argentina estejam na condição de observadores.¹¹

5 O GATT data de 1947 e em 1956 contou com a adesão de Estados (atualmente membros da União Europeia), sendo posteriormente reconhecido pela CEE, em Tóquio, em 12 de julho de 1979.

6 VIANA, op. cit.

7 Cf. CARULLO “Il WTO ha istituzioni proprie, titolari di potere legislativo, esecutivo e giudiziario e i membri che non si adeguano alle regole stabilite nei vari accordi possono essere costretti a farlo dalle sanzioni commerciali stabilite da un tribunale ad hoc. Le norme approvate dal WTO fanno sorgere diritti e doveri direttamente in capo agli operatori economici.” In: CARULLO, Antonio. *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005, p.16.

8 VIANA, op. cit.

9 Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm>. Acesso em: 23 set. 2012.

10 VIANA, op. cit.

11 Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm>. Acesso: 23 set. 2012.

No contexto do Mercosul foi assinado em 16 de dezembro de 2003, inclusive pelo Brasil, o “*Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul*”. No artigo 1º/1 do sobredito protocolo consta a previsão de tratamento não discriminatório entre os signatários nos processos de contratação efetuados pelos partícipes. No artigo 25/7 restou consignado que em caso de empate dar-se-á preferência aos concorrentes dos Estados-membros e, ainda, que se o empate for entre os prestadores e fornecedores dos mencionados Estados, a entidade adjudicante solicitará uma nova oferta de preços. Se ainda assim a questão não for solucionada e o empate persistir, será realizado um sorteio público.¹²

Todavia, não obstante a assinatura, até o momento este protocolo não foi ratificado por nenhum de seus signatários e segundo consta do artigo 32 do protocolo, ele entrará em vigor para os dois primeiros Estados que o ratificarem, somente depois de 30 (trinta) dias do depósito do segundo instrumento de ratificação.¹³

Logo, no plano internacional não há que se falar em obstáculos à proteção do mercado nacional empreendida pela legislação brasileira, como no caso dos critérios de desempate preferenciais aos bens e serviços produzidos nos Brasil, dentre outros.

Especificamente quanto ao Mercosul, ainda é importante ponderar que o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, ao tratar das margens de preferência, apenas estabelece, no § 10, que estas poderão ser estendidas “*total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul*”.

Logo, o que existe é apenas uma faculdade de extensão das margens de preferência, e não uma obrigação. Tanto que até o momento¹⁴ nenhum dos Decretos regulamentares das margens de preferência incluíram bens e serviços oriundos do Mercosul.

Isto denota que o Mercosul ainda está nos primeiros passos rumo a um mercado de integração, diferentemente da União Europeia.

3 PRINCÍPIOS DA CONCORRÊNCIA E DA IGUALDADE NAS DIRETIVAS COMUNITÁRIAS E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como visto, no cenário da União Europeia a igualdade é primordial para a sua própria construção, gerando direitos ligados

¹² Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4824&site=1&channel=secretaria>. Acesso 23 set. 2012.

¹³ Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4824&site=1&channel=secretaria>. Acesso: 23 set. 2012.

¹⁴ 1º de outubro de 2012.

à dinâmica comunitária, e sem os quais ela não existiria, a exemplo da não discriminação em razão da nacionalidade e as liberdades de circulação. E assim se vê também no campo das contratações públicas, tendo o legislador comunitário construído o regime jurídico específico precisamente com base e a partir da igualdade, enquanto princípio fundamental.¹⁵

Nesta altura, é pertinente assinalar que na seara das contratações públicas europeias duas diretivas possuem grande relevo. Tratam-se das Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.¹⁶

Registra-se que as diretivas comunitárias são atos normativos que obrigam os Estados-membros a um objetivo específico, deixando aos mesmos a liberdade quanto à forma e ao meio de obter tal objetivo, desde que preservados os princípios informadores da respectiva diretiva.¹⁷

O princípio da igualdade domina os procedimentos adjudicatórios, com espeque no artigo 2º da Diretiva 2004/18/CE e no artigo 10 da Diretiva 2004/17/CE. Assim, a entidade adjudicante deve adotar uma conduta igual para com todos os concorrentes e candidatos, não podendo implementar medidas diretas ou indiretas de discriminação jurídica ou fática que possam beneficiar ou prejudicar ilegalmente, ou seja, sem justificação suficiente, qualquer ou quaisquer deles.¹⁸

De tal modo, o princípio da igualdade é um princípio fundamental no direito comunitário da contratação pública, pois veda a discriminação em razão da nacionalidade, ou lugar de sede, também conhecida como proibição das compras nacionais, sendo por isso ilegítimas todas as

15 VIANA, op.cit.

16 Cf. ROMANO “La disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, adottata in base agli artt.47, par.2, 55 e 95 del Trattato istitutivo della Comunità europea, è attualmente principalmente dettata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e dalla direttiva 2004/17/CE, sempre del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali”. In: ROMANO, Salvatore Alberto. *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*. Milano: Giuffrè, 2011, p.4-5.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. Cf., também, DANIELE: “[...] la direttiva si limita ad imporre agli Stati membri un risultato da raggiungere, lasciandoli liberi di scegliere le misure di adattamento necessarie per realizzare il risultato prescritto. [...] Pertanto la direttiva non è diretta ad imporre agli Stati membri un semplice obbligo di applicare la direttiva e di farla rispettare nel proprio territorio, ma richiede dagli Stati Membri un'attività di tipo diverso e più complessa: attuare la direttiva, scegliendo i mezzi e le forme appropriate”. In: DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione europea*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p.204.

18 OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os Princípios gerais da contratação pública. In: Gonçalves, Pedro (Org). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra, 2008, p.51-113.

medidas adotadas pelas entidades adjudicantes para favorecerem, mesmo que de forma velada, as empresas nacionais ou o mercado nacional.¹⁹

As Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, ao contrário do que ocorre com a igualdade de tratamento e com a transparência, não assumiram explicitamente a concorrência como princípio da contratação pública. Entretanto, são muitas as passagens desses diplomas comunitários em que se faz referência ao fato de a concorrência efetiva ser um objetivo, de modo que se afigura adequado encartá-la ou qualificá-la como um verdadeiro princípio, e fundamental, levando o intérprete à necessidade de analisar os demais princípios sob a perspectiva concorrencial ou segundo a lógica e objetivos da contratação pública.²⁰

No Brasil, o princípio da igualdade, que os constituintes encartaram no preâmbulo da Constituição de 1988, destinado a assegurar a igualdade como um dos valores supremos da sociedade, evidentemente aplica-se ao procedimento de licitação, impedindo o favoritismo, resultante das discriminações.²¹

De tal arte, na legislação brasileira sobre licitações e contratos públicos, obviamente, também estão consagrados os princípios da igualdade e da concorrência, conforme se infere do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, que regulamentou o artigo 37, inciso XXI, da Constituição.

Assim, há impedimento de que situações análogas sejam tratadas juridicamente de forma diversa ou que se trate de modo símile situações diferentes. É fundamental que todos os potenciais interessados na celebração dos contratos públicos disponham das mesmas condições para formular e apresentar as suas candidaturas e as suas propostas.²²

Nestes termos, o princípio da igualdade é a verdadeira base da licitação, pois permite ao Poder Público a escolha da proposta mais

19 OLIVEIRA, op.cit.

Cf., ainda, ROMANO (op. cit., p.3): “La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 18 del 2004, come le precedenti, partono dal principio che l’aggiudicazione di tutti gli appalti di lavori, servizi o forniture per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto público è subordinata al rispetto dei principi del Trattato europeo e, in particolare, ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, di cui sono corollario essenziale i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza”.

20 OLIVEIRA, op.cit.

21 CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à lei federal nº 8.666, de 21 de Junho de 1993*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

22 SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos comentado e anotado*. Coimbra: Almedina, 2008.

adequada aos seus fins, ao mesmo tempo em que assegura a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.²³

Já o princípio da concorrência está implícito no § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, e decorre do princípio da igualdade; assim, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 do sobredito artigo 3º e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991.²⁴

Do mesmo modo, segundo o §1º, inciso II, do mesmo artigo 3º da Lei de Licitações, é vedado estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no §2º do mesmo artigo e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991.²⁵

Reforça-se, portanto, que não obstante a igualdade e a concorrência também ser decorrência da legislação brasileira sobre contratação pública, o fato é que existem algumas exceções à regra, conforme se detalha na sequência.²⁶

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

24 DI PIETRO, op. cit.

25 O regime diferenciado das contratações (RDC) para os jogos olímpicos e paraolímpicos de 2016 e para Fifa 2013 e Copa do Mundo Fifa 2014, Lei nº 12.462, de 2011, no seu artigo 38, mantém as prerrogativas referidas. Assim: "Art. 38. Nos processos de contratação abrangidos por esta Lei, aplicam-se as preferências para fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras previstos na legislação, em especial as referidas: I - no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; II - no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; [...]".

26 Além das preferências ao mercado nacional apontadas no corpo deste artigo, cumpre fazer constar o conteúdo do §1º do artigo 3º da recente Lei nº 12.598, de 2012, que estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa. Assim: "Art. 3º As compras e contratações de Prode ou SD, e do seu desenvolvimento, observarão o disposto nesta Lei. [...] § 1º O poder público poderá realizar procedimento licitatório: I - destinado exclusivamente à participação de EED quando envolver fornecimento ou desenvolvimento de PED; II - destinado exclusivamente à compra ou à contratação de Prode ou SD produzido ou desenvolvido no País ou que utilize insumos nacionais ou com inovação desenvolvida no País, e, caso o SD envolva PED, aplica-se o disposto no inciso I deste parágrafo; e III - que assegure à empresa nacional produtora de Prode ou à ICT, no percentual e nos termos fixados no edital e no contrato, a transferência do conhecimento tecnológico empregado ou a participação na cadeia produtiva. [...]".

4 CRITÉRIOS FAVORÁVEIS AOS BENS E SERVIÇOS PRODUZIDOS NO PAÍS E ÀS EMPRESAS BRASILEIRAS

Sabe-se que na legislação brasileira a principal regra é o desempate das propostas apresentadas no certame licitatório por intermédio do sorteio, após obedecido o disposto no artigo 3º, §2º, conforme se extrai do artigo 45, §2º, todos da Lei nº 8.666, de 1993. O mencionado §2º prevê que em igualdade de condições será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços “II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País”. Consigna-se que o inciso IV foi acrescentado pela Lei nº 11.196, de 2005.

Especialmente antes da revogação do inciso I do supracitado §2º pela Lei nº 12.349, de 2010, que preconizava a preferência para bens e serviços: “I produzidos e prestados por empresas brasileiras de capital nacional”, alguns juristas brasileiros entendiam que as regras de desempate preferenciais não mais prevaleciam, pois foram editadas ao tempo em que vigorava o artigo 171 da Constituição Federal, revogado integralmente pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995, eliminando as distinções e preferências que enunciava e, conseqüentemente, qualquer vantagem em relação a empresas brasileiras de qualquer natureza. Ao fazê-lo, o Constituinte teria deixado de recepcionar todos os dispositivos legais que contrariassem a nova definição constitucional, entre eles o mencionado artigo 3º, §2º, I a III, da Lei de Licitações, pois mencionados dispositivos teriam perdido a eficácia diante da nova diretriz constitucional.²⁷

Assim, o texto constitucional não mais privilegiaria o tratamento a empresa brasileira, prevalecendo a igualdade entre empresas.²⁸

Todavia, mesmo antes da revogação expressa do inciso I, ainda existia uma ordem sucessiva de preferências, onde caberia verificar se alguma das empresas preenchia os requisitos do inciso II e se nenhuma preenchesse, passar-se-ia ao exame do inciso III. Isto porque o inciso I fazia referência à empresa brasileira de capital nacional e esta figura estava prevista no revogado artigo 171 da Constituição; e não mais

27 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Cf. CARVALHO FILHO, na edição mais recente da sua obra, este ainda seria “o melhor entendimento”. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.246-247.

28 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

existindo definição normativa para a figura (empresa brasileira de capital nacional), o dispositivo (apenas o inciso I) era mesmo inaplicável.²⁹

De tal modo, a aludida Emenda Constitucional não teve o condão de macular os incisos II e III do §2º do artigo 3º da Lei de Licitações (nem de tornar inconstitucional o inciso IV, acrescentado pela Lei nº 11.196, de 2005), pois existem no ordenamento constitucional outros dispositivos a sustentar a vigência de tais incisos, a exemplo do artigo 170, designadamente os incisos VII e VIII, ao preconizar que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Destarte, as leis infraconstitucionais podem diferenciar situações atribuindo tratamentos específicos diferentes, sem necessidade de que tenha autorização na Constituição para tanto, bastando, todavia, que não existam ofensas aos seus princípios.³⁰

E no caso vertente, existem tanto diretrizes constitucionais genéricas como regras específicas que servem de base para as preferências em causa. De tal modo, além do artigo 170 da Constituição Federal, mister observar o conteúdo de outros dispositivos, como os artigos 3º, inciso II, 200, inciso V, 218, §§ 2º e 4º e 219, este último preconizando que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.³¹

Na verdade, a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, não vetou a implementação de preferências, o que ela fez foi suprimir a obrigatoriedade de que as leis infraconstitucionais as implementassem, e, de outro modo, ao suprimir o artigo 171, nem por isto deixou tais prerrogativas sem guarda constitucional.³²

Como anotado, a Lei nº 11.196, de 2005, introduziu o inciso IV no §2º do artigo 3º da Lei de Licitações, estabelecendo a preferência em favor de empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, número 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-CELSO%20ANTONIO%20BANDEIRA%20MELLO.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2012.

31 MELLO, op. cit.

32 MELLO, op. cit.

tecnologia no País; tal inovação é substancial, uma vez que pode levar à preferência inclusive entre empresas nacionais. Diga-se, também, que o §2º do artigo 3º contempla critérios genéricos de desempate destinados a favorecer a indústria nacional, e esses critérios não se aplicam quando se tratar de contratação na área de informática, que se sujeitam a regime específico, Lei nº 8.248, de 1991.³³

Mas as novidades em sede de proteção do mercado nacional na seara das contratações públicas não param. Assim, com a entrada em vigor da Lei nº 12.349, de 2010, incluiu-se o §5º ao artigo 3º da Lei 8.666, de 1993, nos seguintes moldes: “§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.” Conforme se vê do inciso I, artigo 2º, do Decreto nº 7.546, de 2011, a margem de preferência normal (distinta da margem de preferência adicional, prevista no §7º) é o “*diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros*”.³⁴

Nos termos do também acrescentado § 6º, a margem de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços de que trata o § 5º não poderá ser aleatória, e deverá ser estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem especialmente em consideração a geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais e o desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Logo, os estudos técnicos são fundamentais para a determinação das margens de preferência. Inclusive, o Decreto regulamentar nº 7.546, de 2011, reproduz a norma acima no seu artigo 8º, § 1º. Deveras, não teria sentido legislar prevendo que o Poder Público pagará a mais por um bem ou serviço se desta contratação, em princípio desvantajosa, não decorrer ganhos em escala nacional capazes de compensar o referido pagamento a maior, especialmente em termos de geração de empregos, aumento da arrecadação e desenvolvimento tecnológico do País, tornando-o mais competitivo e estabelecendo assim um círculo virtuoso.

Conforme o § 7º, para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica

33 JUSTEN FILHO, op. cit.

34 Eis um exemplo pra fins de elucidação: “Suponha-se que a margem de preferência seja fixada em 25%. Imagine-se que a melhor proposta envolva um produto não nacional, com valor de 10. Aplicando-se a margem de preferência, ter-se-á o valor de 12,50. Se existir uma proposta de objeto nacional que preencha os requisitos legais, no valor de 12, essa proposta será considerada vencedora”. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.100.

realizados no País, poderá ser estabelecida, ainda, margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

Consoante o § 8º, as margens de preferência a que se referem os §§ 5º e 7º serão definidas pelo Poder Executivo Federal, não podendo a soma delas transpor o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

Mas, nos termos do § 9º, as disposições contidas nos §§ 5º e 7º do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do artigo 23 da mesma, quando for o caso.

Todavia, entende-se que a limitação supra é tímida para coibir os excessos que podem advir da regulamentação das margens de preferência, uma vez que não se devem conceder margens que, ao fim e ao cabo, privilegiem uma empresa nacional e não o mercado nacional. Tal proteção à empresa e não ao mercado poderá ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em exista apenas uma fornecedora exclusiva nacional.

Em sede de regulamentação, registra-se, até o momento³⁵, a edição dos Decretos nºs 7.713, de 2012, para a aquisição de fármacos e medicamentos; 7.709, de 2012, referente à aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras; 7.756, de 2012, pertinente à aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos; 7.767, de 2012, sobre a aquisição de produtos médicos; 7.810, de 2012, relativo à aquisição de papel-moeda; 7.812, de 2012, concernente à aquisição de veículos para vias férreas e 7.816, de 2012, para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários.

Na realidade, como já afirmado, a regulamentação das margens de preferências deve ser de molde a permitir ao mercado nacional condições de competir com bens e serviços estrangeiros, especialmente em face da concorrência desleal e das desigualdades entre os países, mas não podem ser de natureza tamanha que levem o mercado interno a uma acomodação sem maiores preocupações com a melhoria da produtividade e qualidade.

Destarte, se os estudos técnicos para definição das margens não foram muito rigorosos e se os interesses escusos não forem afastados, corre-se o risco de as prerrogativas concedidas se tornarem privilégios; e os privilégios são seguramente nefastos, uma vez que a tendência será o comodismo, donde decorrerá uma decadência do mercado brasileiro que poderá perder a sua incipiente capacidade de concorrer no mercado externo. Sem contar que o mencionado comodismo poderá levar ao

35 1º de outubro de 2012.

fornecimento de bens e serviços de baixa qualidade e a altos custos para o Poder Público, diante da ausência de concorrência.

Por fim, o §12 do artigo 3º da Lei de Licitações estabelece que nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, consideradas estratégicas em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita (exclusiva) a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 2001.

A mesma Lei nº 12.349, de 2010, que acrescentou o §12 acima, incluiu o inciso XIX ao artigo 6º da nº Lei 8.666, de 1993, conceituando sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos como bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade. Logo, futura regulamentação do §12 há de levar em conta essas premissas, para não incluir bens e serviços que não se enquadrem na definição supra.

Se os bens não possuem o enquadramento acima, a licitação não poderá ser exclusiva, ficando aberta apenas a possibilidade de desempate das propostas, nos termos da Lei nº 8.248, de 1991, conforme se segue.

5 BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA E SEU REGRAMENTO NA LEI BRASILEIRA

Ao tempo em que ainda estava em vigor o artigo 171 da Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.248, de 1991 (que trata da capacitação e competitividade do setor de informática e automação), e que estabeleceu preferências às empresas brasileiras de capital nacional na aquisição de bens e serviços de informática nas licitações.

Mas com a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, pelas mesmas razões já expostas no título 4 deste artigo, alguns autores entendiam que teria perdido validade, no artigo 3º da mencionada lei, a determinação de preferência nas aquisições de bens e serviços de informática e automação efetuadas pelo Poder Público aos produzidos ou prestados por tais empresas.³⁶

Todavia, como a redação original do artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991, foi alterada pelas Leis nº 10.176, de 2001, e nº 11.077, de 2004, tendo sido retirada do *caput* do artigo a expressão “*empresa brasileira de*

³⁶ MOTTA, op. cit.

capital nacional”, que era justamente a constante do revogado artigo 171 da Constituição, a questão resta menos polêmica.

Vale aqui, ainda, a respeito dos demais fundamentos constitucionais para a existência das prerrogativas encartadas no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991, as mesmas considerações realizadas quando dos comentários ao artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, pois os motivos são os mesmos. De tal modo, no caso da Lei nº 8.248, de 1991, o objetivo também é a promoção do mercado interno, com vistas ao desenvolvimento nacional.

Mas, como visto, a Lei nº 8.248, de 1991, foi aprimorada pelas Leis nº 10.176, de 2001, e nº 11.077, de 2004, cabendo destaque à primeira delas. Assim, a proposta de incentivo da Lei nº 10.176, de 2001, é distinta daquela que dominava a antiga sistemática (em especial em face da pretérita regulamentação pelo ilegal Decreto nº 1.070, de 1994, que foi revogado pelo Decreto nº 7.174, de 2010). A disciplina anterior permitia que a Administração Pública adquirisse produtos e serviços de informática apenas por serem produzidos no Brasil, mesmo que ultrapassados e não vantajosos do ponto de vista econômico. De tal modo, a Administração Pública poderia optar pelo produto mais caro, diante de duas ofertas, apenas porque a preferência funcionava como critério de julgamento do certame.³⁷

Nestes moldes, o que existe agora é uma regra de desempate a favor dos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país, e não uma garantia irrestrita de preferência às empresas brasileiras, o que se apresenta mais adequado.

Deveras, segundo a nova redação do artigo 3º, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação dar-se-á preferência, sucessivamente:

- a) aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e
- b) aos bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma definida pelo Poder Executivo. E nos termos do § 2º, para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

Entende-se, pois, que como critérios de desempate, as diferenciações são válidas, mas a aquisição de bens e serviços simplesmente porque são

37 JUSTEN FILHO, op. cit.

nacionais não necessariamente atendem ao interesse público, que deve perseguir a adjudicação da proposta mais vantajosa.

É que a proteção sem limites, reforça-se, pode gerar o efeito contrário do esperado, levando à paralisação do setor e ao não desenvolvimento diante das nefastas consequências do comodismo.

6 CONCLUSÃO

Na introdução desse artigo restou consignado o objetivo de estabelecer um paralelo sobre a regulamentação da proteção dos mercados nacionais na seara das contratações públicas na União Europeia, no Mercosul e na legislação brasileira. Como visto, a matéria desperta um interesse que transcende a análise jurídica, uma vez que sua importância se liga às questões econômicas e às relações internacionais públicas.

Recorda-se que os “mercados estatais” estão em franca expansão e esta realidade cria um imenso interesse, tanto por parte das empresas nacionais quanto das empresas estrangeiras. Mas o interesse não se circunscreve ao setor privado, pois é certo que os próprios Estados observam neste nicho a possibilidade de desenvolver o mercado nacional diante da concessão de prerrogativas.

No âmbito da legislação brasileira as regras do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, e do artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991, guardam coerência com o Direito Internacional, uma vez que o Brasil não é signatário do ACP da OMC ou, tampouco, ratificou o “*Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL*”.

Tais normas, por sua vez, também respeitam a Constituição Federal, pois concretizam princípios afetos à República Federativa do Brasil, conforme se verifica do artigo 170, especialmente dos incisos VII e VIII, ao definirem que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Mas o fato de não existir óbice externo e de a Constituição conferir adequação de mencionadas normas aos princípios inspiradores da República Federativa do Brasil não significa que as proteções possam ser desmedidas, inconsequentes e sem amparo em estudos técnicos e análises conjunturais que amparem as prerrogativas em vigor e as regulamentações que ainda estão por vir.

Assim, o protecionismo exagerado não é benéfico, pois a concorrência (desde que coibidos os abusos) é importante elemento de

aprimoramento do mercado. Em regra, uma maior concorrência leva à melhoria dos bens e serviços oferecidos e à diminuição dos preços.

Por tais motivos, quando se estabelecem prerrogativas ao mercado nacional, como o Brasil o faz, há de se levar em conta os estudos indicadores dos benefícios daí decorrentes para que o Poder Público não adquira bens e serviços inferiores sem a contrapartida devida, tanto na forma de geração de empregos, quanto no aumento da arrecadação e no desenvolvimento real.

Tudo isso porque, como salientado, existe a possibilidade de o comodismo do mercado (decorrente do protecionismo) levá-lo ao sucateamento, criando um efeito desastroso para futuro do País, longe do esperado efeito benéfico.

Já no âmbito da União Europeia, as normas nacionais sobre contratações públicas não podem preterir países integrantes da própria União, como decorrência do Tratado de constituição e das Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.

E nesta seara comunitária as regras que vedam as chamadas compras nacionais são perfeitamente compreensíveis, pois não se vislumbra possível a consolidação de um grupo (que tem por objetivo o fortalecimento recíproco) diante do protecionismo exercido em face dos seus próprios membros.

Inclusive, este é um dos fatores pelos quais o Mercosul ainda não se consolidou sequer como bloco econômico, pois não se pode pensar em um bloco econômico deveras integrado que não contemple os “mercados estatais”.

Ademais, a União Europeia é signatária do ACP da OMC. Assim, diante de todos os signatários, os países que compõem a União Europeia também não podem estabelecer tratamentos preferenciais em sede de contratação pública, nos limites do próprio acordo.

Em síntese, os membros da União Europeia (diferentemente do Brasil) ficam bastante limitados neste campo, pois não podem conferir preferências para bens e serviços oriundos da União, mas também não o podem em face de países signatários do ACP (o que inclui países tradicionalmente exportadores, como os Estados Unidos e em breve, talvez, a China, que está em processo de adesão³⁸).

Reforça-se, enfim, que na seara das contratações públicas o tema do protecionismo dos mercados nacionais ainda é bastante polêmico, e, seguramente, continuará a merecer muitas reflexões, principalmente diante das relações cada vez mais frequentes e complexas entre os Estados.

38 Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm>. Acesso em: 23 set. 2012.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARULLO, Antonio. *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à lei federal nº 8.666, de 21 de Junho de 1993*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione europea*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Dirito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, número 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-CELSONANTONIO%20BANDEIRA%20MELLO.pdf>>. Acesso: 30 set. 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os Princípios gerais da contratação pública. In: Gonçalves, Pedro (Org). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra, 2008, p.51-113.

ROMANO, Salvatore Alberto. *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*. Milano: Giuffrè, 2011.

SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos comentado e anotado*. Coimbra: Almedina, 2008.

VIANA, Cláudia. *Os Princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2007.



FUNÇÃO NOMOFILÁLICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL E NA ITÁLIA E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS SEUS PRECEDENTES

STANDARDIZING FUNCTION OF SUPREME COURTS IN BRAZIL AND ITALY

*Fábio Victor da Fonte Monnerat
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Funções dos tribunais superiores no ordenamento brasileiro; 1.1 Os papéis do Supremo Tribunal Federal na uniformização jurisprudencial; 1.1.2 Atual tendência de objetivação das decisões em sede de recurso extraordinário; 1.2 O Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial
2 Os órgãos com função nomofilática no Direito italiano: brevíssima análise descritiva e comparativa com o sistema brasileiro; Referências.

RESUMO: O estudo volta-se a analisar os mecanismos de acesso às cortes superiores no Brasil e na Itália e a função uniformizadora do direito nacional destas cortes.

PALAVRAS CHAVE: Cortes Superiores – Função Uniformizadora do Direito

ABSTRACT: The study aims to analyse the methods of access to the supreme courts in Brazil and Italy and the standardizing function of these courts' national law.

KEYWORDS: Supreme Courts - Standardizing Function of Law

INTRODUÇÃO

Uma dificuldade constante e onipresente em todo sistema jurídico consiste na potencial existência de interpretações e aplicações conflitantes de uma mesma norma jurídica.

Trata-se de um problema que se coloca mesmo nos ordenamentos jurídicos mais simples e que, potencialmente, pode ocorrer por mais clara e precisa que seja a norma jurídica, e multiplica-se quanto maior for o número de órgãos jurisdicionais com competência para interpretar e aplicar o mesmo dispositivo.

Portanto, por mais que este fenômeno denominado “dispersão jurisprudencial” seja, em um primeiro momento, previsível e até aceitável pelo Direito, dada as diferenças culturais, sociais, políticas e até mesmo ideológicas entre os membros do Poder Judiciário, responsáveis por aplicar isonomicamente a norma ao caso concreto, fato é que este mesmo sistema deve estabelecer mecanismos, isto é técnicas processuais, e órgãos competentes para combater ou evitar esta indesejável, ainda que a priori, aceitável e previsível dispersão.

Muitos ordenamentos, entre os quais os brasileiro e italiano, procuram combater esta divergência através do estabelecimento da função nomofilática de órgãos jurisdicionais de jurisdição superior.

O objetivo do presente trabalho é analisar a função nomofilática dos tribunais superiores, assim entendida a função de dar uniformidade a interpretação e aplicação da norma, zelando pela unidade do Direito objetivo nacional, que possuem estes órgãos de cúpula tanto no Brasil quanto na Itália.

A par disso, tentará se demonstrar que, decorre das normas constitucionais que desenham esta função dos tribunais superiores, a necessidade de respeito aos precedentes formados nestas instâncias, no Brasil representadas, notadamente, pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e, na Itália, pelo Tribunal Constitucional, pela Corte de Cassação e pelo Conselho de Estado, cada um no âmbito de suas respectivas competências.

É de se destacar que, como é natural em qualquer estudo de Direito Comparado, não obstante a similitude entre os problemas jurídicos, as formas de soluções encontradas por cada ordenamento são pelo menos em parte distintas.

Nesse sentido temos de um lado, o fato de que em ambos os países existe a mesma necessidade de respostas jurisdicionais uniformes e, sobretudo unidade de interpretação de normas jurídicas, constitucionais ou infraconstitucionais, com validade em todo o território nacional.

De certa forma, portanto, as soluções encontradas por cada um dos ordenamentos são, em grande medida, semelhantes, pois ambos procuram contornar o problema da dispersão de interpretações e aplicação de uma mesma norma pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, concentrando a solução final em órgãos jurisdicionais de cúpula, atribuindo a estes, por via de consequência a já aludida função nomofilática.

A existência deste ponto em comum, todavia, não significa automaticamente que tanto no Brasil quanto na Itália existam órgãos jurisdicionais exatamente equivalentes e muito menos, técnicas de acesso e de uniformização idênticas.

Na verdade, particularidades de cada um dos ordenamentos jurídicos se desdobram na existência de órgãos jurisdicionais com competências e funções em parte distintas e, além disso, os mecanismos de acesso, de provocação, bem como as técnicas de julgamento destes órgãos são, por óbvio, diferentes.

No Brasil exercem a função nomofilática o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o primeiro em matéria constitucional e o segundo em matéria de legislação federal infraconstitucional.

Na Itália, nos termos a seguir demonstrados a função nomofilática pode vir a ser exercida pelo Tribunal Constitucional, pela Corte de Cassação ou pelo Conselho de Estado, este último órgão de cúpula da Jurisdição Administrativa italiana.

No que tange aos mecanismos de acesso, isto é, às técnicas processuais de acesso a estas Cortes, também serão notadas diferenças quando do estudo comparado dos ordenamentos, uma vez que no Brasil as questões constitucionais podem chegar ao Supremo Tribunal Federal tanto pela via recursal quanto, pela via da ação direta, que viabiliza o controle concentrado de constitucionalidade.

Já na Itália, os mecanismos viabilizadores do exercício da função nomofilática dos órgãos de cúpula, conforme se demonstrará com mais vagar adiante são distintos, pois enquanto a Corte de Cassação é provocada pela via recursal em um sistema parecido com a recurso especial de competência do STJ brasileiro, o Tribunal Constitucional se pronuncia em um incidente suscitado pelo órgão do Poder Judiciário instado a, no caso concreto aplicar a norma tida por potencialmente inconstitucional, figura sem previsão no ordenamento do Brasil.

Mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do STF, não exerce sua função nomofilática pela via da ação direta, mas apenas pela via recursal. Apesar disso, atualmente, existe um mecanismo que é, em tese, apto a, além de

produzir efeitos *intra partes*, ganhar hoje “foros de generalidade” a partir da afetação de determinado recurso como paradigma de julgamento de uma tese tida pelo tribunal como repetitiva, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, a seguir comentado.

A par disso, o órgão de cúpula da Jurisdição administrativa italiana, o Conselho de Estado pode exercer seu papel nomofilático atuando tanto em casos contenciosos, como também exercendo o papel consultivo.

Em comum, todavia, não obstante as diferenças e peculiaridades estruturais e procedimentais adiante pormenorizadas, está a função nomofilática de todos estes órgãos de cúpula e a inevitável conclusão no sentido de que os precedentes por eles formados devem orientar os demais órgãos do Poder Judiciário ou mais amplamente toda a sociedade.

Isso porque, independentemente do método e pressupostos para o pronunciamento dos órgãos superiores é forçoso concluir que tais pronunciamentos possuem efeitos pan-processuais, para fora dos autos em que eles se formaram, exatamente pelo função nomofilática atribuídas por ambos os ordenamentos as estas cortes a seguir estudadas.

Os itens subsequentes portanto, analisaram a função de cada uma das cortes e os possíveis mecanismos de provocação destes órgãos assim como a força e a autoridade do precedente formado nestas instâncias.

1 FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

1.1 OS PAPÉIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Criado em 1828 como Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, cabendo-lhe entre diversas competências expressamente previstas na Constituição Federal a guarda da constituição, através do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, esse último, via recurso extraordinário (art. 102, inc. III da Constituição Federal).

Até o advento da Constituição de 1988 cabia ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, uniformizar a interpretação e aplicação de todo o direito federal, constitucional e infraconstitucional

A partir da Constituição Federal de 1988, com a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial, o recurso extraordinário de competência do Supremo Tribunal Federal passou a ser cabível apenas em matéria constitucional, deixando portanto, o Supremo de ter competência para dar a última palavra em matéria de direito federal infraconstitucional.

Portanto, no atual sistema constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal, afora casos excepcionais de competência originária e recursal ordinária expressa e exclusivamente previstos na Constituição, decidir apenas acerca de questões constitucionais, exercendo o controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais.

A necessidade de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais decorre do fato de, no Brasil, a Constituição possuir natureza rígida.

Por Constituição rígida, deve-se entender o sistema que se caracteriza por uma supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas integrantes do direito positivo, que só podem ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para edição das demais espécies legislativas. Dada essa supremacia das normas constitucionais, aquelas que a contrariem material ou formalmente não são tidas como aptas a integrar o direito positivo.

Conforme afirmado acima, duas formas de inconstitucionalidade podem ocorrer: a inconstitucionalidade formal, que se caracteriza por ser um desrespeito ao processo legislativo estabelecido da Constituição; e a inconstitucionalidade material, que ocorre nos casos em que o conteúdo do preceito legislativo contraria um preceito ou um princípio da Constituição¹.

Como o ordenamento jurídico impõe a necessidade de observância da Constituição Federal para validade das normas jurídicas infraconstitucionais editadas, faz-se necessária a existência de mecanismos aptos a realizar o controle de constitucionalidade.

Tal controle, segundo a melhor doutrina², pode ser:

- a) preventivo, ou seja, realizado antes da entrada da lei em vigor, pelo Poder Executivo através do veto presidencial, e pelo Poder legislativo, via Comissão de Constituição e Justiça; e
- b) repressivo, sem dúvidas o predominante no direito brasileiro, realizado pelo Poder Judiciário após a entrada da lei em vigor.

O controle de constitucionalidade repressivo pode ser feito de duas formas distintas: via controle difuso ou via controle concentrado.

Pelo primeiro, via recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal julga a constitucionalidade da decisão judicial, apreciando a

¹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 47.

² *Ibid.*, p. 49.

aplicação da lei ao caso concreto. Nessas hipóteses, conforme já afirmado no corpo do presente trabalho, o julgamento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal também cumpre um importante papel na uniformização da interpretação e aplicação das normas constitucionais.

O controle difuso nasceu da construção jurisprudencial no direito norte-americano e foi incorporado no Brasil pela Constituição de 1891, fortemente influenciada pelo direito constitucional daquele país. Grosso modo, pode ser caracterizada pela possibilidade de qualquer órgão do Poder Judiciário poder declarar a incompatibilidade de lei ou ato normativo infraconstitucional com a Constituição Federal.

Essa declaração de inconstitucionalidade no caso concreto pode ser realizada, em primeiro grau de jurisdição, por qualquer juiz; e, em segundo grau, em virtude do art. 97 da Constituição Federal, somente pode ser declarada pelo plenário ou órgão especial do tribunal, sendo declarada pela maioria dos desembargadores.

O Supremo Tribunal Federal entende que, se a inconstitucionalidade tiver sido declarada por seu plenário, via recurso extraordinário, e caso essa declaração tenha se dado pela maioria dos seus membros, será dispensável a observância da regra de reserva do plenário, podendo ser declarada pela câmara ou turma julgadora³, nos termos do art. 481, p.u. do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 9.756/1998.

Em outras palavras, se a questão já tiver sido apreciada em plenário, das próximas vezes, poderá ser declarada pela turma ou câmara sem submissão ao plenário ou a turma especial novamente, o que consiste em mais um exemplo de corte procedimental (técnica de aceleração, portanto) fulcrada em valorização de um entendimento jurisprudencial uniformizado.

³ Nesse sentido: RE 440458 AgR/RS Ag. REg. No Recurso Extraordinário. RE. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/04/2005, DJ 06/05/2005, p. 25: "EMENTA: 1. Controle de constitucionalidade; reserva de plenário (CF, art. 97): aplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C. Pr. Civil (red. da L. 9.756/98), que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. 2. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: MPr 2.180/2001: constitucionalidade declarada pelo STF, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º) (RE 420.816, Plenário, 29.9.2004, red. p/acórdão Pertence, Inf./STF 363). No caso, contudo, tratando-se de litisconsórcio, não há nos autos elementos que permitam concluir, com segurança, pela incidência do § 3º do art. 100 da Constituição com relação a todos os litisconsortes. RE provido para, ressalvada a incidência do procedimento relativo às obrigações definidas em lei como de pequeno valor, afastar a condenação da Fazenda Pública ao pagamento da verba honorária".

A declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, em princípio, gera efeitos apenas dentro do processo em que foi proferida, ou seja, *inter partes*, existindo a possibilidade de ser estendida para todos por deliberação do Senado Federal, o que somente poderá ocorrer após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão a teor do que dispõe o art. 52, inc. X da Constituição Federal. O pronunciamento do Senado, após a apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, dar-se-á através de uma resolução e terá efeitos *ex nunc*.

Entretanto, não pode ser desconsiderado o fato de que julgamentos reiterados em sede de recurso extraordinário dão origem, *informalmente*, à denominada jurisprudência dominante, que, mais adiante, pode vir a ser cristalizada em súmulas, sendo certo que, em ambos os casos, a uniformização, em determinado sentido, é técnica persuasiva, ou seja, fator de convencimento, o que muitas vezes é admitido pela lei como fator legitimador de aceleração de processos que tenham por objeto questões jurídicas, no caso, constitucionais, semelhantes ou idênticas.

A par disso, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, o julgamento reiterado de recursos extraordinários sobre a mesma matéria e no mesmo sentido passou a autorizar o Supremo Tribunal Federal a editar súmula vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a teor do art. 103-A da Constituição Federal.

Ao contrário da jurisprudência dominante, que consiste em uma mera constatação fática do posicionamento do Tribunal sobre determinada matéria e das súmulas, instrumentos formais de constatação e tradução dessa realidade, que são fatores meramente persuasivos e de observância não obrigatória, as súmulas vinculantes são de forçosa observância pelos demais juízos e tribunais e pela própria administração pública, sob pena de admissibilidade de Reclamação, ação de conhecimento de competência originária do Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo é única e exclusivamente, restabelecer o comando disposto na súmula vinculante.

Além do controle de constitucionalidade da lei e dos atos normativos no caso concreto, via controle difuso de constitucionalidade, o direito constitucional brasileiro admite outra forma de controle de constitucionalidade, em sede abstrata, em que o Supremo Tribunal Federal avalia a constitucionalidade da lei em tese.

No controle concentrado de constitucionalidade, não há conflito de interesses, pelo menos conflito de interesses no sentido comumente utilizado no processo civil, dado que não há direito subjetivo discutido no processo.

O Supremo Tribunal Federal, nesses casos, é provocado por uma das vias elencadas na Constituição (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, e Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental), por um dos legitimados, para propor as referidas ações e se manifestar acerca da constitucionalidade da lei em tese.

Portanto, as ações diretas de inconstitucionalidade possuem natureza diversa das demais ações propostas com o objetivo de se discutir direito subjetivo.

Isso porque, dentre outras coisas, o Supremo Tribunal Federal pode funcionar, inclusive, como legislador negativo, caso declare a inconstitucionalidade formal ou material da lei, ou seja, uma vez declarada em sede de controle abstrato a inconstitucionalidade da lei, a mesma é retirada do mundo jurídico por essa decisão, independentemente da realização de qualquer outro ato do Poder Judiciário ou dos demais Poderes.

Em outras palavras, declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas.

No caso contrário, ou seja, caso o Supremo Tribunal Federal declare a norma compatível com a Constituição ou dê a essa norma uma interpretação conforme a Constituição e, portanto, excluindo as demais interpretações, essa decisão possuirá efeito *erga omnes*, retroativo e vinculante em relação aos órgãos dos poderes Executivo e Judiciário.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, pela via do controle abstrato de constitucionalidade, também exerce o papel uniformizador da interpretação e aplicação da Constituição Federal, quer quando declara a inconstitucionalidade de uma lei, dado que, nesse caso, o dispositivo legal é retirado do universo do direito positivo; quer quando declara constitucional determinada disposição normativa, constitucionalidade essa que deixa de poder ser contestada ou declarada pelos demais órgãos do Poder Judiciário; e quer, ainda, quando dá uma interpretação conforme a Constituição, interpretação essa que, igualmente, vincula e deve ser seguida pelos demais órgãos jurisdicionais do País.

A afronta a uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato também está sujeita a cassação pela celeria da reclamação constitucional⁴⁻⁵, tal como a decisão que afronta texto de súmula vinculante, e, a par disso, autoriza outras técnicas

4 Sobre o ponto já nos manifestamos em trabalho publicado na Revista de processo (Reclamação. STF. Legitimação ativa. Atingidos por ADIN, *in* Revista de Processo, v. 142, p. 185-205. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006), em que afirmamos que: “A decisão do STF em sede de controle concentrado atinge a todos independentemente de terem figurado ou não no processo em que a declaração foi proferida e vincula os demais órgãos jurisdicionais e administrativos. Caso estes órgãos vinculados a decisão do STF atuem de maneira contrária ao decidido por aquela corte, quer entendendo constitucional uma lei declarada pelo Supremo em sede de controle concentrado inconstitucional, quer considerando inconstitucional uma norma tida pelo STF por constitucional ou ainda quando qualquer órgão dos poderes Executivos e Judiciários der a norma interpretação diversa da dada pelo STF como a interpretação compatível com a Constituição (interpretação conforme a Constituição), estarão estes órgãos afrontando uma decisão daquela Corte. Como essa decisão possui efeito *erga omnes* qualquer interessado que tiver seu direito subjetivo lesado por um pronunciamento contrário possui a via da Reclamação a ser ajuizada diretamente no STF com o fito de fazer valer o declarado pelo STF em sede de controle concentrado e portanto, invalidar o ato oposto. Inicialmente a Reclamação, nesses casos, não era admitida pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, terceiros lesados pela não observância do decidido pelo STF em controle abstrato não poderiam valer-se da mesma. A Reclamação, nestas hipóteses, só era admitida se proposta por quem houvesse sido parte na ação direta, conforme se depreende da decisão a seguir transcrita: “hoje, a jurisprudência desse Tribunal tem se orientado no sentido de só admitir reclamação com fundamento em desrespeito à autoridade das suas decisões tomadas em ação direta nos casos em que é requerida por quem foi parte na respectiva ação direta e que tenha o mesmo objeto. Tal entendimento, *data máxima vênia*, não deveria prevalecer dado que desta forma estar-se-ia esvaziando, pelo menos em parte, o efeito *erga omnes* da decisão do Supremo, bem como enfraquecendo o efeito vinculante da decisão proferida em ação direta. Isso porque, a parte lesada, pelo só fato de não ter participado do processo de controle concentrado, que de rigor, sequer possuía legitimidade, mas que não obstante, aproveita a decisão, não possuiria mecanismo para fazer valer a decisão do STF. Além disso, restringir a legitimidade da Reclamação apenas para os legitimados para propor a ação direta contraria frontalmente a norma constitucional que prevê a Reclamação (art. 102, I, L, CF). A partir do julgamento da questão de ordem na Reclamação n. 1.880 que ora se comenta, o STF mudou, por maioria de votos, seu posicionamento passando a considerar, conforme sustentado no presente trabalho, legitimados para propor Reclamação todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento proferido em sede de ação direta de constitucionalidade. Esse entendimento consagra em primeiro lugar a função constitucional da Reclamação e, além disso, robustece a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante sobre os demais órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário que possuem as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade”.

5 No mesmo sentido: STF. AgReg. na Reclamação n. 1.880-6 SÃO PAULO. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002, DJU: 19/03/2004, *verbis*: “EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 28 DA LEI 9.868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional a lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratórias de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto a conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de inconstitucionalidade, fixada pelo § 2º do art. 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8.038/90, artigo 13). Reflexos processuais da

de aceleração como a dispensa de envio do processo ao plenário do tribunal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, e a autorização de julgamento monocrático pelo relator do recurso em casos semelhantes, no próprio Supremo Tribunal Federal e nas demais cortes superiores e de segundo grau.

1.1.2 ATUAL TENDÊNCIA DE OBJETIVAÇÃO DAS DECISÕES EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Conforme já asseverado, o controle difuso que caracteriza-se pela possibilidade de qualquer órgão do Poder Judiciário poder declarar a incompatibilidade de lei ou ato normativo infraconstitucional com a Constituição Federal, no caso concreto, e com efeito apenas *intra partes*, difere do controle concentrado de constitucionalidade, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

Em primeiro grau de jurisdição, o controle difuso é realizado singularmente pelo magistrado, que deve se posicionar fundamentadamente acerca da conformidade ou inconformidade com a Constituição Federal, das normas invocadas pelas partes como aplicadas ao caso, devendo, nos casos de inconstitucionalidade reconhecida, deixar de aplicar a norma.

Ademais, a inconstitucionalidade da norma aplicável ao caso concreto pode ser declarada pelo juiz de primeiro grau, ainda que nenhuma das partes tenha aventado a questão em sua alegação, dada a garantia do livre convencimento motivado (art. 131, do Código de Processo Civil).

Entretanto, a análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo pelo juízo singular do processo em primeiro grau de jurisdição encontra limites, não estando, de uma maneira absoluta, abarcada pela garantia do livre convencimento motivado, ficando proibida, por exemplo, a decisão acerca da compatibilidade de uma norma com a Constituição Federal, quando já analisada e decidida a questão pelo Supremo Tribunal Federal.

Já, em segundo grau, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade singularmente é vedada por força da regra processual constante do art. 97, da Constituição Federal, que determina a necessidade de remessa ao plenário ou órgão especial do Tribunal, para que, nessa sede, seja apreciada e declarada, pela maioria dos desembargadores, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ 30/08/2001), está o Município legitimado a propor a Reclamação”.

Também, nesse caso, é preciso que se deixe claro que a garantia do livre convencimento motivado dos desembargadores do tribunal também não é ilimitada, devendo ser sempre consentânea com os entendimentos pacificados no Supremo Tribunal Federal acerca da (in) constitucionalidade da norma, sendo, inclusive, a desconformidade de entendimentos entre um tribunal e o Supremo Tribunal Federal mais maléfica para o sistema do que a de um juiz singular e os entendimentos superiores, dada a posição hierárquica ocupada pelos primeiros.

Prova dessa valorização é a, já referida, dispensa da remessa ao plenário do Tribunal da questão constitucional, quando a matéria estiver pacificada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (art. 482, p.u. do CPC), valendo o destaque de que tal dispensa é autorizada quer o posicionamento tenha sido firmado quer em sede de controle difuso, quer em sede de controle concentrado, o que demonstra a cada vez mais clara aproximação dos dois sistemas.

Em suma, a possibilidade de os magistrados de primeiro e segundo graus verificarem a compatibilidade entre normas infraconstitucionais e o texto da Constituição Federal, em princípio abarcada pelo livre convencimento, não permite simplesmente afastar, em sede de controle difuso, uma norma, por tê-la como inconstitucional, quando já houver posicionamento em sede do Supremo Tribunal Federal, mesmo que, igualmente naquela sede.

É certo que a declaração do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, para que tenha efeito *erga omnes*, tem de ser chancelada pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inc. X, da Constituição, o que poderia levar o intérprete a crer que, até então, restaria abarcada pela garantia do livre convencimento motivado a possibilidade de o magistrado aplicar ou não a norma, mesmo em uma concepção contrária à dos órgãos de jurisdição superior.

Entretanto, uma interpretação nesse sentido é prejudicial ao sistema, por configurar uma potencial ofensa ao princípio da igualdade, da legalidade, além de uma negação ao papel primordial dos órgãos de jurisdição superior, que consiste, justamente, em uniformizar o entendimento do Judiciário, o que gera ineficiência processual e insegurança jurídica, valores contrários ao sistema processual e ao próprio Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal.

Em outras palavras, se é certo que o sistema prevê efeitos vinculantes a determinados comandos judiciais como o controle concentrado de constitucionalidade, via ação direta, súmula vinculante e resolução do Senado Federal, também os precedentes fora desse conjunto, classificados neste trabalho como meramente persuasivos, possuem seu

valor, devendo ser, mesmo sem possuírem força vinculante, observados pelos magistrados em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Aliás, a constante valorização dos precedentes formados pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade, vem sendo considerada pela doutrina, com claros reflexos na jurisprudência e na própria legislação, como uma tendência de objetivação do recurso extraordinário.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, em sede doutrinária⁶, vem destacando que:

se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão do Tribunal de origem ter sido proferido antes daquele do Supremo Tribunal Federal no *leading case*, pois, inexistindo o trânsito em julgamento e estando a controvérsia constitucional submetida à análise deste Tribunal, não há qualquer óbice para aplicação do entendimento fixado pelo órgão responsável pela guarda da Constituição da República.

O Ministro⁷, após fazer uma análise da evolução da jurisprudência sobre o tema, citando, dentre outros julgados, os acórdãos proferidos nos julgamentos do RE 120.728, que dispensava o encaminhamento do tema constitucional ao Plenário, desde que o Supremo Tribunal Federal já houvesse se posicionado sobre o assunto, o que foi reiterado nos recursos extraordinários n. 150.755-PE e 150.764-PE, e AgRgAI 168.149, conclui que:

Esse entendimento marca evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões preferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matérias de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão do Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente, como fundamento

6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1123

7 Ibid. p. 1133.

na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*.

Em sua atuação no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes vem consagrando esse entendimento desde o julgamento do RE n. 376.852, no que vem sendo acompanhado por seus pares, conforme se depreende do acórdão da lavra do ministro Eros Grau, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ALTERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. LEI N. 9.718/98. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 239 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento⁸.

No plano doutrinário, o referido fenômeno é destacado por Rodolfo de Camargo Mancuso⁹, para quem, por não haver diferença substancial entre os modelos de controles difuso e concentrado de constitucionalidade, pode o Supremo Tribunal Federal imprimir eficácia expansiva extra-autos à decisão, no bojo do recurso extraordinário, que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no que vem sendo chamado de objetivação do recurso extraordinário.

Considerando as diversas mudanças constitucionais e legislativas voltadas a valorizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial a súmula vinculante e a repercussão geral, Fredie Didier Jr.¹⁰, com apoio em farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirma, em artigo específico sobre o tema, que o recurso extraordinário, “embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato”.

Teresa Arruda Alvim Wambier, da mesma forma, identifica essa tendência de atribuição às decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei, tomadas pelo seu plenário, efeito vinculante.

8 RE 475812 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, 2º Turma, J. 13.06.2006, DJ 04.08.2006.

9 Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, cit., p. 116.

10 Transformações do recurso extraordinário. In: Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, p. 105.

Mais adiante, conclui a autora que: “de acordo com essa tendência, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública devem respeitar as decisões do STF tomadas nessas condições, como se fossem fruto de ações declaratórias de inconstitucionalidade, i.e., controle concentrado”.

Portanto, fato é que, em função das recentes modificações constitucionais e legais no plano processual, especialmente com o advento da súmula vinculante e repercussão geral, mas também em função de outros mecanismos que igualmente valorizam a jurisprudência, sobretudo aquela formada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso, é visível uma aproximação com o sistema de controle concentrado, em princípio, o único apto a gerar efeitos vinculantes e obrigatória observância de seus julgados.

Contudo, alguns desdobramentos decorrentes do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* expressamente previstos para as decisões de controle concentrado ou súmula vinculante, especialmente o cabimento da Reclamação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, não são possíveis de ser extraídos do simples julgamento reiterado de recursos extraordinários¹¹.

Isso porque, não obstante a fortíssima influência que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, formada pelo julgamento reiterado de recursos extraordinários, somada à já aludida tendência de objetivação dos referidos julgamentos, os entendimentos assim consagrados devem ser, rigorosamente, classificados como jurisprudência meramente persuasiva, também apta a influenciar os demais processos, mas que, contudo, cumprem um outro papel no sistema.

Portanto, a jurisprudência formada pelo Supremo Tribunal Federal pela via do controle difuso deve, por razões de ordem sistemática, ser seguida, valorizada e prestigiada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, sem, contudo, poder ser qualificada como possuidora de efeito vinculante, impugnável pela via da Reclamação que, nos termos da Constituição Federal, é cabível contra decisão que afronte decisão do Supremo Tribunal Federal em ação direta de controle de constitucionalidade ou disposição de súmula vinculante.

11 Contra, defendendo o cabimento da Reclamação nesses casos: Fredie Didier Jr., (op. cit., p. 111-112) que após considerar as diversas alterações constitucionais e legais sobre a valorização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assevera que “tudo isso nos leva a admitir a ampliação do cabimento da reclamação constitucional, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante.”

Não cabe ao intérprete, especialmente por tratar-se de ação competência originária do Supremo Tribunal Federal, com hipóteses de cabimento taxativamente estabelecidas no texto constitucional, ampliar o rol de situações em que a decisão pode ser cassada pela via excepcional da reclamação.

Portanto, caso o STF, entenda por emprestar força vinculante, com os desdobramentos daí decorrentes, a sua jurisprudência formada no julgamento dos recursos extraordinários, e especialmente viabilizar a cassação da decisão via Reclamação, deve editar através de procedimento próprio a súmula vinculante¹².

1.2 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O RECURSO ESPECIAL

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988, com a finalidade de resolver a *crise do Supremo*, assim chamada a iminente inviabilidade do Supremo Tribunal Federal causada pela quantidade crescente de processos pendentes de julgamento¹³.

Com isso, a partir de 1988, as matérias até então impugnáveis por recurso extraordinário foram divididas em dois grandes grupos.

O primeiro deles foi composto das chamadas questões constitucionais, que continuaram a ser objeto de impugnação via recurso extraordinário de competência do Supremo Tribunal Federal.

Um segundo grupo, constituído pelas chamadas questões federais, passaram a ser objeto, a partir de então, do recém-criado recurso especial de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Assim o Superior Tribunal de Justiça, desde sua criação, possui como função primordial tutelar o direito objetivo federal, com competência para dar a última palavra em matéria de legislação federal infraconstitucional, devendo manter dessa forma a uniformidade de interpretação das leis federais bem como a inteireza do direito positivo federal¹⁴.

Dispõe o art. 105 da Constituição Federal que o recurso especial é cabível contra as causas decididas pelos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

¹² Item 3.4.4.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial. Recursos no processo civil* - 3. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87-88.

¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. Recursos no processo civil* - 6. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.131.

- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e
- c) der à lei federal interpretação diversa da que lhe seja atribuída por outro tribunal.

A negativa de vigência, sob certo aspecto de mais fácil demonstração, ocorre quando o Tribunal *a quo* “declarar revogada ou deixar de aplicar a norma legal federal”¹⁵. A negativa de vigência, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶, ocorre ainda quando não se aplica a lei, quando é aplicável ou, pretendendo ou fingindo aplicá-la, faz o frontalmente oposto o que diz na letra e no espírito traído.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, contrariar a lei implica afrontar de forma relevante o conteúdo de seus textos, quer aplicando-a a casos não encartados na norma, quer aplicando a casos enquadráveis, porém extraindo da norma consequências nela não previstas¹⁷.

É também cabível o recurso especial, nos casos em que a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. A expressão “julgar válido” deve ser entendida como qualquer espécie de decisão que dê aplicação (validade e eficácia) ao ato local, não obstante a contestação deste ante a lei federal, quer porque, segundo o entendimento do tribunal recorrido, a lei federal não se aplica ao caso, quer porque a lei federal se aplique, mas o ato não esteja de acordo com a mesma.

Segundo a mais autorizada doutrina, as hipóteses de cabimento do recurso especial não são espécies rigorosamente distintas.

O que ocorre, na verdade, é uma relação de gênero e espécie entre a hipótese elencada na alínea “a” do art. 105, III da Constituição Federal, e as demais.

Isso porque, conforme já afirmado, a função do recurso especial e do próprio Superior Tribunal de Justiça é dar a última palavra em matéria de lei federal, de forma que a ofensa a essa legislação deve estar sempre presente na decisão objeto do recurso.

Assim, o cabimento do recurso especial previsto, *verbi gratia*, pela letra “c” do art. 105, III da Constituição Federal, não aumenta o âmbito de cabimento do recurso especial.

15 MANCUSO, 2003, p. 179.

16 RE 45.255-GO, apud Rodolfo de Camargo Mancuso, Recurso extraordinário e recurso especial, cit., p. 175.

17 Op. cit. p. 179-180.

Na verdade, ao se trazerem dois julgados distintos e requerer que prevaleça aquele trazido como paradigma, estará dizendo-se que a decisão recorrida contrariou o direito positivo federal, tanto assim que outro tribunal decidiu questão semelhante de forma contrária.

O mesmo se diga da hipótese da alínea “b” do art. 105, III da Constituição Federal, uma vez que, ao contestar ato de governo local em face de lei federal, estará necessariamente sustentando-se que a legislação federal foi ofendida, hipótese também enquadrável na alínea “a” do dispositivo constitucional citado.

Apesar de não possuir o efeito *erga omnes* e a imposição de estrita observância que possuem as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, a jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça vem sendo cada vez mais prestigiada pelas reformas legislativas, e, por exemplo, já autorizam o julgamento monocrático de recursos pelo relator desde o advento da Lei 9.756/1998, que alterou o art. 557 do Código, e, a partir da nova redação dada ao art. 518, §1º do CPC, pela Lei 11.276/2006, as súmulas do STJ passaram a ser fundamento legal para o não recebimento do recurso de apelação.

Da mesma forma merecem destaque o procedimento e efeitos do julgamento dos recursos especiais repetitivos, disciplinados no art. 543-C do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.672/2008, que se volta a formar, a partir de um julgamento do recurso paradigma, um precedente a ser aplicado nos demais casos que veiculem a mesma *questão federal*¹⁸.

2 OS ÓRGÃOS COM FUNÇÃO NOMOFILÁCICA NO DIREITO ITALIANO: BREVÍSSIMA ANÁLISE DESCRITIVA E COMPARATIVA COM O SISTEMA BRASILEIRO

Para permitir a análise comparativa proposta por este trabalho faz-se necessário, discorrermos, ainda que sucintamente sobre a estrutura do Poder Judiciário na Itália e especialmente sobre as Cortes com competência constitucional para em alguma medida zelar pela uniformidade da interpretação das normas jurídicas.

Um primeiro aspecto importantíssimo e extremamente distinto do sistema judiciário brasileiro consiste no fato de, na Itália, vigorar a dualidade de jurisdição.

18 Sobre o procedimento e efeitos do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nosso: A Jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento, *in* Direito Jurisprudencial, WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (coord.), p. 341 - 491.

Assim, a par da Justiça Ordinária, com competência para julgar os litígios entre particulares, existe a Justiça Administrativa com competência para processar e julgar litígios que envolvam o Poder Público.

A estrutura das Justiças Comum e Administrativa são semelhantes no sentido de que existe, em ambos os casos, um duplo grau de jurisdição ordinário, e um órgão de Jurisdição Superior com competência para uniformizar a aplicação e interpretação da legislação nacional, que chegam às respectivas cortes pela via recursal.

A Justiça comum se organiza em duas instancias ordinárias, composta por magistrados no primeiro grau, e pelas Cortes de Apelação no segundo.

Acima das cortes de apelação encontra-se a Corte de Cassação, com sede em Roma e competência para apreciar recursos contra as decisões das instancias inferiores.

Tal como no Brasil, à Corte de Cassação não compete exercer um terceiro grau de jurisdição puro e simples, mas sim, zelar e pela uniformidade da interpretação da lei e pela unidade do Direito objetivo nacional¹⁹.

A Corte de Cassação é a última instancia do Poder Judiciário italiano e nesse sentido pode ser considerada o ápice da pirâmide judiciária na Itália, haja vista que, não obstante a existência do Tribunal Constitucional, o acesso a este órgão, como se verá adiante não se dá através da interposição de recurso pelas partes, mas apenas por provocação de membros do Judiciário.

A precípua função nomofilática, de uniformização e zelo pela unidade do Direito Objetivo está expressa na Lei de Bases do Judiciário

19 Em artigo denominado: As Funções da Corte de Cassação, disponível no site da própria corte extraí-se que: "In Italia la Corte Suprema di Cassazione è al vertice della giurisdizione ordinaria; tra le principali funzioni che le sono attribuite dalla legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12 (art. 65) vi è quella di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni". Una delle caratteristiche fondamentali della sua missione essenzialmente nomofilattica ed unificatrice, finalizzata ad assicurare la certezza nell'interpretazione della legge (oltre ad emettere sentenze di terzo grado) è costituita dal fatto che, in linea di principio, le disposizioni in vigore non consentono alla Corte di Cassazione di conoscere dei fatti di una causa salvo quando essi risultino dagli atti già acquisiti nel procedimento nelle fasi che precedono il processo e soltanto nella misura in cui sia necessario conoscerli per valutare i rimedi che la legge permette di utilizzare per motivare un ricorso presso la Corte stessa. Il ricorso in Cassazione può essere presentato avverso i provvedimenti emessi dai giudici ordinari nel grado di appello o nel grado unico: i motivi esposti per sostenere il ricorso possono essere, in materia civile, la violazione del diritto materiale (errores in iudicando) o procedurale (errores in procedendo), i vizi della motivazione (mancanza, insufficienza o contraddizione) della sentenza impugnata; o, ancora, i motivi relativi alla giurisdizione. Un regime simile è previsto per il ricorso in Cassazione in materia penale.

de 30 janeiro de 1941 (n. 12, art. 65) que disciplina a competência da Corte de Cassação.

A Justiça administrativa, por sua vez, é exercida em primeira instância pelos Tribunais Regionais Administrativos. Acima destes encontra-se o Conselho de Estado, que exerce o controle das decisões dos TRA's, pela via recursal, além de exercer uma atividade consultiva.

A interpretação da norma dada pelo Conselho de Estado quer quando da análise de um dispositivo em sede contenciosa ou consultiva, também possui no âmbito da Justiça Administrativa efeitos semelhantes aos julgados da Corte de Cassação na jurisdição ordinária.

É necessário destacar que também integra o ordenamento italiano o Tribunal Constitucional composto por nove ministros e com competência para analisar, em sede abstrata, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

O tribunal constitucional, entretanto, não é provocado pelas partes interessadas na declaração do (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo, mas sim pelo órgão do Poder Judiciário que por ventura entenda ser possível tal declaração.

A Corte Constitucional, portanto é provocada pelo membro do Poder Judiciário que eventualmente, ao analisar um determinado caso concreto considere possível a decretação de inconstitucionalidade da lei.

O Tribunal Constitucional, considerando cabível e legítima a provocação, analisa, em abstrato, a lei ou ato normativo e, ao final do procedimento, declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

Tal atribuição decorre do art. 134, da Constituição da república Italiana que dispõe *verbis*:

art. 134.

La Corte costituzionale giudica:

sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni

A partir desta declaração o órgão jurisdicional que suscitou o incidente, julga o caso concreto de acordo com a orientação firmada pelo Tribunal Constitucional.

Por óbvio, considerando não apenas a posição do Tribunal Constitucional, como também a natureza e estrutura do incidente, o entendimento firmado nesta sede não aplica-se apenas e tão somente ao caso que o originou como também aos demais casos que envolvam a mesma norma.

Portanto, o incidente de provocação da Corte Constitucional não se dará tantas vezes quanto sejam necessários a interpretação e aplicação de uma norma controversa, mas sim uma única vez, passando a possuir o pronunciamento do Tribunal uma função de orientação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Neste sentido o art. 136 da Constituição Italiana que reza: “*Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.*”

É digno de destaque, o fato de que a necessidade de se observar e respeitar o precedente formado pelo Tribunal Constitucional e a absoluta desnecessidade de um novo pronunciamento voltado a análise de uma mesma norma já analisada pela Corte e que surja, novamente, em um outro caso concreto, também se coloca quando a Corte declarar a constitucionalidade do ato, apesar de esta hipótese não estar expressamente prevista na Constituição.

Tal conclusão decorre de uma interpretação sistemática, a partir, de uma interpretação a contrario sensu do art. 136 *supra* citado, e considerando também a posição da Corte Constitucional e a própria natureza e efeitos do incidente.

Da mesma forma, apesar de ausência de um dispositivo constitucional ou legal expresso, os julgados da Corte de Cassação e do Conselho de Estado, no âmbito das Justiças Ordinária e Administrativa, respectivamente possuem esta função de orientar a aplicação e interpretação de uma norma.

Nesse contexto, é importante que se destaque duas distinções entre a atuação do Tribunal Constitucional, *supra* referida se comparadas a estas duas cortes.

Em primeiro lugar, enquanto a atuação do Tribunal Constitucional é provocada por um órgão do Poder Judiciário, a manifestação do Conselho de Estado e da Corte de Cassação é feita pela via recursal.

A par disso, até como uma consequência desta primeira diferença substancial, ao contrário do Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre a constitucionalidade da norma em abstrato, o Conselho de Estado e a Corte de Cassação atuam e decidem a luz de um caso concreto.

Entretanto, não obstante estas distinções, fato é que a força do precedente destes órgãos de jurisdição superior está consagrada na cultura judiciária italiana, ainda que também neste caso também não exista nada expressamente escrito na Constituição ou na Lei, no sentido de que a jurisprudência formada nestas instâncias possuam efeito vinculante ou que sejam de obrigatoria observância.

Em debate travado na Corte de Cassação, por ocasião da visita institucional realizada pelos alunos do Curso de Introdução ao Direito Europeu da Universidade Tor Vergata restou afirmado que existe um *dever morai de se seguir o entendimento firmado nestas instâncias*, dever este decorrente não apenas da posição que estas cortes ocupam na Organização da Justiça Ordinária e Administrativa, como também em decorrência do princípio da isonomia.

Assim, não obstante haver diferenças não apenas entre a organização judiciária brasileira e italiana – notadamente a dualidade de Jurisdição e o fato de a Corte Constitucional atuar apenas em sede abstrata, com também distinções entre os mecanismos de provocação destes órgãos, fato é que ambos os sistemas possuem no topo da estrutura do Poder Judiciário órgãos com a atribuição de dar a última palavra acerca da interpretação e aplicação da norma, com um claro intuito de uniformizá-la, sistemática que possui por via de consequência um claro intuito de valorização, estabilização e respeito aos precedentes destas Cortes, por toda a sociedade e, principalmente, pelos órgãos do Poder Judiciário integrantes das instâncias inferiores.

Tal conclusão repita-se é uma decorrência, não apenas da própria posição e função destas Cortes, brasileiras e italianas, mas também um imperativo imposto pelos princípios da segurança jurídica e, sobretudo isonomia, pois o processo não pode ser instrumento de aplicação desigual de uma mesma lei a situações jurídicas que no plano desta, não possui distinções juridicamente relevantes.

REFERÊNCIAS

DIDIER Jr., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. Recursos no processo civil – 3. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 172, junho 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Recursos no processo civil – 6. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et ali* (coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A Jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento, *in Direito Jurisprudencial*, WAMBIER, Teresa arruda Alvim (coord.)

_____. Reclamação. STF. Legitimação ativa. Atingidos por ADIN. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 142, dez. 2006.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Revista Tributária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, jul.-set. 1996.



O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL DA UNIÃO EUROPÉIA

THE REGIONAL INTEGRATION PROCESS OF THE EUROPEAN UNION

*Fernanda Teixeira de Souza Villalva
Procuradora da Fazenda Nacional na PFN/Bahia
Especialista em Direito Tributário pelo IBET
Pós-graduanda em Planejamento Tributário pela UNIFACS*

“Não é possível destruir conquistas sociais acumuladas ao longo de décadas por métodos democráticos”.¹

SUMÁRIO: 1 O Processo de Integração Regional da União Européia; 1.1 Contexto Histórico; 2 A Zona de Livre Comércio e União Aduaneira; 3 O Mercado Comum e as Quatro Liberdades Fundamentais; 4 Etapa Final: A União Econômica e Monetária; 5 Incorporação do Direito Comunitário ao Ordenamento Jurídico Interno dos Países Membros;

¹ LEITE, Paulo Moreira. Colunista da Revista Época. Artigo jornalístico publicado em 14/2/2012. Disponível em <<http://colunas.revistaepoca.globo.com/paulomoreiraleite/2012/02/14/>>

6 A Constituição Européia e o Déficit Democrático;
7 Conceito de Soberania; 8 A Caminho de um Estado
Federal ou uma Confederação a Longo Prazo? 9
Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como enfoque o estudo do processo de integração regional da União Européia, delineando cada uma de suas etapas e ainda fazendo um comparativo com o processo de integração de outros blocos econômicos, a partir da diferenciação entre os sistemas interregionais e o sistema supranacional, cujo modelo único é a União Européia. Aborda ainda a relação entre o direito interno dos Estados-membros e o direito comunitário produzido pela União Européia, e como é feita a compatibilidade desses direitos sem afetar a soberanias dos Estados. Também diferencia federalismo e confederação, apontando em qual das duas classificações está enquadrada a União Européia. Traz ainda o tema do déficit democrático para a promulgação de uma constituição européia. E, por fim, traz a questão de como a crise econômica mundial pode ou não afetar o processo de integração européia.

PALAVRAS CHAVES: União Européia. Integração Regional. Modelo Supranacional. Direito Comunitário. Incorporação. Estados-Membros.

ABSTRACT: This article focuses on the study of the regional integration process of the European Union, outlining each of your steps and still making a comparison with the process of integration of other economic blocs, from the differentiation between systems inter-regional and system inter-supranational, whose unique model is the European Union. Also addresses the relationship between the law of the Member States and the Community law produced by the European Union, and how is doing the compatibility of these rights without affecting the sovereignty of States. Also differs from federalism confederation, pointing in which the two ratings is framed the Eropéan Union. It also brings the issue of democratic deficit for the enactment of a European constitution. And, finally, brings the question of how the global economic crisis may or may not affect the process of European integration.

KEYWORDS: European Union. Regional Integration. Supranational Model. Community Law. Incorporation. Members States.

1 O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL DA UNIÃO EUROPÉIA

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

No final da segunda guerra mundial, o mundo se viu bipolarizado em dois grandes blocos econômicos, o eixo capitalista do livre mercado, liderado pelos Estados Unidos, e o eixo social da economia planificada, financiado pela antiga União Soviética – URSS. Desde esse momento já se pode falar na formação de grupos econômicos e culturais entre países que possuem objetivos compatíveis.

Com a derrocada do socialismo, veio à tona a era da globalização e a disputa de mercado entre países tornou-se cada vez mais forte. Os Estados, além de terem que concorrer entre si, passaram a rivalizar também com empresas multinacionais. Essas megas companhias comerciais, ao ultrapassarem as fronteiras dos seus países, já não podiam mais ser controladas por um único Estado de forma isolada, pois, estruturadas na forma de cartéis ou trustes, ameaçavam a economia global, concorrendo de forma desleal por uma fatia de mercado.

Assim, os Estados viram-se obrigados a unir-se para colaborarem entre si com as suas economias e junção de interesses. No entanto, o receio de perder as rédeas do seu poder político fez com que a maioria dos países preferisse realizar pactos de coordenação de forma horizontal, onde somente é possível tomar decisões com base na unanimidade, utilizando as regras do modelo intergovernamental, o qual assegura que só haverá deliberação se todos os países concordarem com a orientação, sem correr o risco de perder nenhuma parcela de sua soberania, mantendo-se a igualdade soberana entre eles.

Na experiência internacional, somente a Europa permitiu um real compartilhamento de soberania, transferindo parcela do seu poder decisório a um organismo supranacional legitimado para tanto. Seguindo essa linha, criou um modelo de integração de forma verticalizada, chamado de supranacional, onde a supremacia do interesse coletivo de todos os povos integrantes da comunidade passou a prevalecer aos interesses individuais de cada Estado-membro.

Até o presente momento, já se viu no mundo alguns processos de integração regional, no entanto somente a União Européia atingiu o nível mais profundo de integração, passando antes, entretanto, por várias etapas até a conclusão do processo.

Seguindo o modelo europeu, podemos destacar quatro etapas graduais no processo de integração regional: a Zona de Livre Comércio, a União Aduaneira, o Mercado Comum e a União Econômica e Monetária,

até atingir a etapa da supranacionalidade, só conquistada pelo bloco europeu.

2 A ZONA DE LIVRE COMÉRCIO E A UNIÃO ADUANEIRA

Na Zona de Livre Comércio, a característica principal é a eliminação das tarifas alfandegárias internas para a circulação de mercadorias entre os países pertencentes à zona. Objetiva-se com isso a proteção do mercado desses países em face da concorrência dos mercados externos, por meio do fortalecimento do intercâmbio comercial entre si. No entanto, não há qualquer restrição para o comércio com terceiros, mantendo os países livres na atuação em mercados externo, podendo praticar livremente as suas tarifas de importação.

Já na fase da União Aduaneira, ultrapassada a etapa de eliminação das barreiras interpartes, passa-se à fixação de uma tarifa única para importações de produtos oriundos de mercados de terceiros países, formando-se assim um único território aduaneiro. Nessa fase, portanto, os países pertencentes ao grupo perdem o poder de negociação da tarifa aduaneira, passando essa força para os organismos transnacionais delegados, que estabelece uma política aduaneira comum, com o fito de preservar o interesse comum do grupo que visa o desenvolvimento e o fortalecimento do mercado intra-comunitário.

Após essa etapa, com a padronização de uma tarifa exterior comum, chega-se à fase do estabelecimento de um Mercado Comum, quando se exige a livre circulação de todos os fatores de produção, abrangendo, assim, além das mercadorias, os serviços, as pessoas e os capitais. Pode-se dizer, portanto, que, para atingir a etapa do Mercado Comum, é necessário instituir quatro liberdades fundamentais, a livre circulação de bens, a livre circulação de pessoas, a livre prestação de serviços e a livre circulação de capitais.

3 O MERCADO COMUM E AS QUATRO LIBERDADES FUNDAMENTAIS

A livre circulação de bens, etapa já conquistada nas fases anteriores, consiste na eliminação de todos os entraves alfandegários internos e no estabelecimento de uma tarifa externa comum, harmonizando-se as legislações alfandegárias dos países membros.

Para possibilitar a livre circulação de pessoas, é necessário suprimir todos os obstáculos para a entrada, permanência e permissão de trabalho entre os Estados-membros, uniformizando-se a política de imigração. Para tanto deve ser proibido qualquer tipo de discriminação

em razão da nacionalidade, que devem ser tratados em igualdade de condições com os nacionais.

A livre circulação de serviços permite que se realize serviços de maneira transfronteiriça, o que não implica necessariamente no deslocamento da pessoa permanentemente para o outro país, pois o estabelecimento pode ser situado em um país e só o serviço ser prestado em outro.

Na livre circulação de capitais, permite-se a movimentação de capitais de um país a outro sem discriminação em razão da nacionalidade. Nessa etapa, é necessária uma forte regulamentação, para fins de evitar a evasão de divisas em momentos de crises financeiras. Considera-se essa etapa um princípio para a União Monetária que ocorre com a fixação de uma moeda única.

4 ETAPA FINAL: A UNIÃO ECONÔMICA E MONETÁRIA

A última etapa no processo de integração, só atingida atualmente pela União Européia, é a União Econômica e Monetária, quando é atribuída a uma autoridade supranacional a competência de uniformização da política monetária e cambial. Na União Européia, essa etapa foi atingida com a criação do Banco Central Europeu com sede em Frankfurt, na Alemanha, e o estabelecimento de uma moeda única que passou a circular com exclusividade no ano de 1992 pelos países que aderiram à união monetária.

Com a decisão de implantação de uma única moeda, concretiza-se visualmente um processo de integração que dificilmente irá retroagir, pois a moeda é um atributo nacional, que, quando passa a ser compartilhada, representa um forte símbolo de harmonização entre países que buscam objetivos comuns e querem cooperar entre si da melhor forma para atingi-los. Chega-se com isso à supranacionalidade, também chamada de soberania compartilhada, quando se passa parte das atribuições dos Estados-membros para a competência de órgãos supranacionais, que irão por em prática a supremacia do interesse coletivo da comunidade em detrimento dos interesses particulares de cada um dos Estados.

Traçando um paralelo com o processo desenvolvido pelos países federalistas, a autora italiana Maria Romana Allegri traz a mesma conclusão²:

[...] de acordo com a interpretação que resulta das leis da Federação, os estados que compõem as instituições federais devem delegar alguns de seus poderes, acreditando que em algumas áreas - sobretudo as

2 ALLEGRI, Maria Romana. *“Orientamenti sociali delle Costituzioni Contemporanee”*. Milão/Itália: SEAM, 2000.

relativas às relações externas, à segurança e a moeda - a ação do poder supranacional é mais eficaz e produz melhores resultados do que poderia ser individualmente realizado pelos membros das Federações de si.³ (tradução nossa)

Deste modo, após ter passado por todas essas etapas do processo integracionista, a União Européia desenvolveu uma verdadeira organização jurídica *sui generis* com uma estrutura inovadora, autônoma, independente e ainda vinculante para os Estados participantes.

5 INCORPORAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNOS DOS PAÍSES MEMBROS

Na União Européia, o direito comunitário sustenta-se em três primados fundamentais: o princípio da primazia do direito comunitário, o princípio da aplicabilidade direta e o princípio da subsidiariedade na repartição de competências funcionais.

Segundo o princípio da primazia, quando uma norma de direito comunitário entra em choque com uma norma de direito interno, deve prevalecer a norma comunitária, em face da supremacia do interesse coletivo. Esse primado é um mecanismo de garantia de que o direito comunitário será observado pelas ordens jurídicas internas de cada país membro, mesmo que as suas normas nacionais conflitem com as normas comunitárias. É importante ressaltar ainda que, além da necessidade de ser aplicado pelos juízes nacionais nos julgamentos de casos concretos quando houver conflito entre normas preexistentes e igualmente válidas, o direito comunitário também deve ser observado pelo legislador nacional, no momento da internalização da norma comunitária ao direito nacional, pois, ao ser positivada no ordenamento interno, a norma comunitária deve ter sua redação respeitada na íntegra, sob pena de mudar o sentido almejado e não atender ao interesse regional.

A importância de observar as regras ditadas pelo direito comunitário é importante não só para garantir a sua estrutura jurídica em relação ao direito interno dos países, mas também como uma forma de segurança jurídica aos cidadãos europeus de que a norma comunitária irá prevalecer em qualquer país membro da União Européia onde

³ [...] secondo l'interpretazione che si desume dagli ordinamenti delle Federazioni, gli Stati che le compongono delegano alle istituzioni federali una parte delle proprie competenze, ritenendo che in determinati campi - soprattutto quelli relativi alle relazioni esterne, alla sicurezza e alla moneta - l'azione da parte del potere sovranazionale sia più efficace ed otenga migliori risultati rispetto a quanto potrebbe essere realizzato singolarmente dai membri della Federazioni, stessa.

esteja. Os direitos e obrigações serão os mesmos para qualquer dos cidadãos europeus, pois o direito comunitário deve ser aplicado de forma padronizada em todos os Estados membros.

Além disso, os cidadãos podem exigir diretamente o cumprimento das normas comunitárias, em decorrência do segundo princípio fundamental, o da aplicabilidade direta. Deste modo, os cidadãos europeus podem recorrer diretamente aos tribunais nacionais para garantir a aplicação de uma norma comunitária, mesmo que esteja conflitando com uma norma interna do país. Com isso, amplia-se o arcabouço jurídico protetivo dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, que são os destinatários primeiros das normas criadas pelo direito comunitário.

O princípio da subsidiariedade na repartição de competências funcionais, também chamado de princípio da soberania compartilhada, somente passou a existir explicitamente por meio do Tratado de Maastricht, tratado constitutivo da União Européia, quando foram expressamente repartidas as competências entre os órgãos supranacionais e os Estados-membros.

O princípio da soberania compartilhada é norteado por três critérios, o primeiro é de caráter objetivo, referente à atribuição de funções e competências, o qual delimita a ação comunitária a áreas de atuação predeterminadas. No entanto, o Tratado de Maastricht previu em seu artigo 235 as chamadas competências implícitas, ao permitir que a Comunidade intervenha em assuntos que não fazem parte da sua competência, quando julgar necessária a sua atuação para tutelar um interesse comunitário. Essa cláusula de abertura do rol de competências comunitárias alargou o poder de ação do organismo supranacional, permitindo a sua atuação mesmo em casos em que a competência seja expressamente prevista com exclusividade para os Estados-membros, quando o órgão regional julgar necessário. É um permissivo que deve ser utilizado com muita prudência, sob pena do bloco imiscuir em questões de competência interna dos Estados-membros, restringindo a liberdade de atuação política dos países.

O segundo critério que deve ser observado pelo princípio da repartição de competências é o primado da máxima eficiência, pois a Comunidade só deve agir quando verificado que o objetivo a ser buscado será melhor alcançado com a sua participação coordenada do que por meio da atuação isolada de cada Estado.

O terceiro critério é a proporcionalidade que deve ser observada na escolha dos meios empregados para a obtenção de um resultado pretendido, devendo sempre ser evitadas medidas desproporcionadas e

abusivas quando meios menos evasivos forem suficiente para o alcance dos fins almejados.

Em verdade, a ação da União Européia em assuntos que podem ser resolvidos internamente pelos países só deve ocorrer de forma residual, e, portanto, o atendimento a esse três critérios é importante para legitimar a condução do bloco regional pelos órgãos supranacionais. Ao atuar paralelamente às estruturas soberanas dos Estados-membros, a União Européia deve respeitar a política interna de cada país para que possa desempenhar o seu papel de forma harmônica e coordenada, sempre visando a cooperação, com o mínimo possível de subordinação pelos países integrados.

O medo de perder a soberania, sempre latente nos Estados que formam o bloco europeu, fez com que a França e a Holanda não referendassem o Tratado de Lisboa, que previa a criação da Constituição Européia. Com isso, foi colocado um freio no processo de integração regional, que, não mais avançou desde que firmado o Tratado de Lisboa, e logo após, estourou a crise européia que até então não foi controlada.

No entanto, a Constituição Européia não tinha a intenção de esvaziar a soberania dos países integrados. Pretendia, primordialmente, reunir o emaranhado de tratados e convenções, simplificando o acesso e a compreensão do direito comunitário aos cidadãos europeus. Nela as competências funcionais haviam sido classificadas em quatro categorias. No art. I-13 eram previstas as competências exclusivas da União Européia para legislar e adotar atos típicos vinculantes referentes à união aduaneira, política monetária, política comercial comum, regime da concorrência e conservação dos recursos biológicos do mar no âmbito da política da pesca. No art. I-14 constavam as competências partilhadas de forma concorrente pela União Européia e Estados membros para legislar sobre o mercado interno, o meio ambiente, a energia, o transporte, a política social, e outros. No art. I-17 constavam as competências de apoio, nas quais a União Européia poderia atuar apenas de forma complementar para auxiliar os Estados a atingir seus objetivos comuns em assuntos como turismo, indústria, cultura, etc. E, por último, os art. I-15 e I-16 previam as competências de coordenação, nas quais a União Européia estabeleceria as orientações gerais para coordenar as ações dos Estados, correspondente às políticas econômicas e de emprego e à política exterior de segurança comum (PESC).

Em que pese a boa intenção do tratado de Lisboa, o texto constitucional atribuiu uma quantidade muito extensa e taxativa de competências à União Européia, transmudando a sua natureza residual e subsidiária para passar a concentrar nas mãos do órgão comunitário o poder de decisões de grande parte dos assuntos que poderiam ser

resolvidos pelos Estados-membros, mais próximos da realidade dos problemas e particularidades de seus países.

O princípio da proporcionalidade ou subsidiariedade também é aplicado internamente pelos países europeus federais, ou ainda pelos Estados unitários, conforme explica a doutrinadora italiana Maria Romana Allegri⁴:

As Constituições de quase todos os países europeus dão algum grau de autonomia para os entes locais em que o Estado é dividido, o que pode ser puramente administrativo, como no caso dos municípios ou províncias, ou mesmo legislativos ou políticos, como no caso das Regiões onde um estado unitário é dividido ou no caso de Estados reunidos na Federação. Essas unidades têm certas competências específicas mais ou menos acentuadas, e fazem uso de sua própria equipe administrativa, cuja interdependência com os órgãos do poder do Estado é fundamental para vários graus da autonomia, sempre levando em conta a aplicação do princípio da subsidiariedade nas decisões sobre quais matérias devem ser tomadas pelo nível mais oportuno - geralmente o mais próximo possível dos interesses dos cidadãos - para a sua melhor execução. (tradução nossa)⁵

6 A CONSTITUIÇÃO EUROPÉIA E O DEFICIT DEMOCRÁTICO

Outro problema para a promulgação de uma constituição europeia decorre da existência do “déficit democrático”, que, em outras palavras, significa a ausência de participação popular na tomada de decisões relacionadas a assuntos comunitários.

O poder constituinte originário deve ser a voz do povo, e no caso da Constituição Européia, a carta fundamental seria elaborada por técnicos delegados por cada Estado-membro para compor uma conferência intergovernamental e não por representantes políticos eleitos democraticamente.

⁴ idem

⁵ Quasi tutte Le Costituzioni dei Paesi europei attribuiscono un certo grado di autonomia agli enti territoriali in cui lo Stato si articola, Che può essere di carattere esclusivamente amministrativo, come nel caso delle comuni o delle province, oppure anche politico o legislativo, come nel caso delle Regioni in cui uno Stato unitario si suddivide o in quello dei singoli Stati riuniti in una Federazione. Tali unità territoriali godono di alcune competenze specifiche più o meno accentuate e si avvalgono di organi amministrativi propri. La cui interdipendenza con gli organi Del potere statale centrale è in misura variabile orientata verso una sempre più evidente autonomia, in attuazione Del principio di sussidiarietà, secondo Il quale Le decisioni relative alle diverse materie devono essere prese AL livello più opportuno - in genere Il più vicino possibili agli interessi dei cittadini - per una loro migliore esecuzione.

Conforme explica Habermas:

Na União Européia, o processo decisório constitui ótimo exemplo para esse déficit democrático que surge com a transferência dos grêmios decisórios nacionais para as comissões interestatais, formadas por representantes dos governos⁶.

Segundo Canotilho, o conceito de constituição compreende três elementos básicos: (1) a declaração de um elenco de direitos e garantias fundamentais, (2) a organização política do Estado, e (3) a legitimação do poder constituinte pelo povo⁷. Ao refletir sobre qual tipo, a União Européia se enquadraria, Canotilho traz o seguinte questionamento:

[...] em todas as Constituições há princípios, regras, programas, normas de direito, normas de organização e de competência. O problema central que está na base da nossa comunicação é, porém, o de saber que *tipo-base* de Constituição foi forjado pela Convenção encarregada de elaborar um texto Constitucional europeu⁸.

No caso da Constituição Européia, se atenderia perfeitamente os elementos materiais exigidos, ou seja, quando se trata de conteúdo, a carta elaborada se assemelha a uma constituição analítica, ao tratar de diversos temas considerados constitucionalmente relevantes e dentro de um território delimitado. No entanto, a deficiência não se encontra no conteúdo, mas na forma como foi elaborada, por meio de um tratado e sem a legitimação material advinda de um poder constituinte originário que representasse concretamente a vontade do povo, o que não poderia ser sanado por meio da realização de referendos *a posteriori*.

De acordo com Ferdinand Lassale:

De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder. Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país reagem, e as constituições

6 HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 105

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Constituição Européia entre o programa e a norma. In. *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Constituição Européia entre o programa e a norma*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social⁹.

O tema inclusive já foi discutido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que concluiu pela limitação da legitimidade democrática do Parlamento Europeu, uma vez que não é atendido o princípio da igualdade eleitoral, pois os povos dos Estados menores possuem um maior grau de representação quando comparados aos povos dos Estados maiores. Assim, o Parlamento Europeu não pode ser considerado um órgão de representação da vontade popular do povo europeu¹⁰.

Também não é o caso de se afirmar que a Europa possuiria desde já uma constituição aberta, prescindindo da existência de um texto constituição, visto que adviria do processo histórico e do conjunto de tratados já ratificados. Essa tese também esbarraria na ausência de atendimento do requisito da legitimação direta do povo, que, sem desejar romper com a ordem jurídica posta em seus países, não haveria estabelecido um poder constituinte originário com autonomia para criar uma nova carta fundamental com legitimidade para subverter o sistema jurídico político existente.

Outro ponto relevante está relacionado ao direito fundamental à identidade nacional, que garante aos cidadãos de cada país que não irão perder a sua identidade de pátria, historicamente conquistada, pois o direito de autodeterminação do povo é atributo nacional inalienável.

Não se pode deixar de lado ainda que o organismo supranacional não atende a um outro princípio fundamental, o da tripartição dos poderes, pois sua estrutura não confere o equilíbrio constitucionalmente exigido entre as três esferas de poderes, o já historicamente consagrado sistema de freios e contrapesos, o que retira ainda mais da União Europeia a roupagem de um Estado constitucional.

Nessa linha de raciocínio, a atividade dos Superiores Tribunais Nacionais, ao desempenharem seus papéis de guardiões da Constituição, é de extrema relevância para conferir fundamento de validação constitucional ao processo de integração, reproduzindo no sistema comunitário o modelo de controle político existente em seus países.

9 LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933.

10 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito Comunitário*. Comunidades Europeias, 2000.

7 CONCEITO DE SOBERANIA

Conclui-se, portanto, que, como não há que se falar em vontade popular para a promulgação de uma constituição comunitária, também não há que se falar em enfraquecimento das soberanias estatais por força da centralização de algumas decisões pela União Européia.

Na verdade, a própria legitimidade da União Européia para tomar decisões de forma autônoma advém de um processo de coordenação de interesses de Estados-membros igualmente soberanos que permitiram a criação de uma estrutura comunitária, delegando parte de suas competências para um organismo considerado por eles estrategicamente mais indicado para decidir em relação a certos temas de interesse comum aos países.

Os Estados-membros não podem esquecer que a União Européia é da autoria deles, ou seja, foi criada por eles para caminhar com suas próprias pernas, podendo, para isso, utilizar-se de normas diretamente aplicáveis e muitas vezes com primazia em relação ao direito interno dos países, mas, no entanto, deve seguir um regramento preestabelecido e de comum acordo entre os países constitucionalmente soberanos, e somente existirá enquanto houver o interesse comum para tanto.

Vale dizer ainda que os poderes soberanos dos Estados-membros somente são transferidos para a União Européia após passarem pelo processo de internalização em cada país, ou seja, a delegação somente ocorre quando uma lei de aprovação interna é promulgada, certificando que a norma comunitária é compatível com a constituição do país. Assim, o direito comunitário somente será hierarquicamente superior ao direito interno se tiver sido recepcionado por meio do processo constitucional de incorporação ao ordenamento jurídico do Estado, ou seja, há um mecanismo de controle prévio de constitucionalidade que preserva a ordem constitucional do país, mesmo tendo delegado uma parcela da sua soberania ao órgão comunitário.

O único órgão com legitimidade democrática indiscutível é o Parlamento Nacional, e é por esse motivo que os representantes legislativos devem sempre aferir a constitucionalidade das normas comunitárias antes delas entrarem em vigor no país. Sempre que há ampliação das competências da União Européia, o Parlamento Nacional de cada Estado deve aferir se o tratado está de acordo com as normas constitucionais de direito interno. Alguns assuntos, inclusive, são considerados de soberania absoluta do Estado Nacional, como, por exemplo, o monopólio civil e militar do uso das forças armadas, as finanças e os gastos públicos.

Assim, o grau de legitimação da União Européia depende do atendimento dos requisitos exigidos pelas Constituições dos países membros, o que torna o organismo comunitário perenemente amarrado e subordinado às legislações constitucionais dos países que a integram.

Ressalta-se também que cada Estado-membro manteve em seu poder o direito de retirada, que, em face da soberania intacta que cada país detém, pode ser exercido por cada um, dentro de certas regras preestabelecidas¹¹.

8 A CAMINHO DE UM ESTADO FEDERAL OU UMA CONFEDERAÇÃO A LONGO PRAZO?

O modelo mais autêntico de Estado Federal existente no mundo atual é aquele seguido pelos Estados Unidos da América, constituído quando as trezes colônias da América, ao se reunirem na Confederação da Filadélfia para assinar um pacto de independência, não se contentaram em ter que escolher entre os dois modelos de organização de Estados até então existentes: Estado Unitário, cujo poder era centralizado em uma única esfera, ou Confederação de Estados independentes, e resolveram criar uma nova forma de organização de Estado, qual seja, o Estado Federal.

Nesse modelo alternativo de organização do Estado, idealizou-se a figura dos entes federativos autônomos e descentralizados ligados por meio de uma Constituição, que representaria a soberania do povo, e por ele é legitimada para fazer a repartição de competências entre os entes políticos autônomos (União, Estados, e, por vezes, Municípios) e ainda entre as três esferas de poderes, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. Outra característica marcante do Estado Federal é a garantia da legitimidade democrática ao estruturar-se o Poder Legislativo utilizando o sistema bicameral, no qual, o Senado é constituído por representantes de cada estado federado autônomo, assegurada em sua Casa a igualdade de membros de cada ente federativo, e a Câmara de Deputados é a representante do povo-nação, em composição variável de acordo com o tamanho da população de cada Estado-membro.

11 Há quem diga que a cessão de poderes nacionais ao organismo comunitário trata-se de uma transferência irreversível de poderes, e em outra vertente, há quem defenda a viabilidade jurídica do direito de retirada por se tratar de uma delegação revogável. Indica-se a leitura de PATRÃO Afonso. "O direito de abandonar a União Européia à luz do Tratado de Lisboa: a extinção do direito de livremente abandonar a União". Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. IV. pp. 755 a 794.

Na Europa, o primeiro modelo de Estado federal foi criado pela Constituição de Weimar em 1919¹²:

O exemplo típico de um Estado federal é a República Federal da Alemanha, cuja primeira constituição federal remonta a 16 de abril de 1871, após a união feita ao Reino da Prússia por obra de Bismark, monarca do Estado alemão, com exceção da Áustria, e das cidades hanseáticas republicanas de Hamburgo, Bremen e Lübeck. No entanto, se a primeira constituição federal republicana foi aprovada pela Assembleia Constituinte, na cidade de Weimar, em 1919, os eventos da Segunda Guerra Mundial, resultando na divisão da Alemanha em duas zonas de influência, levou no dia 23 de maio de 1949 à promulgação da Lei Básica, que, ainda em vigor, por mais de 40 anos encontrou aplicação apenas nas dez *Länder* da Alemanha Ocidental e que, em 31 de agosto de 1990, após a reunificação, foi estendido para toda a Alemanha, que atualmente é composto por quinze *Länder*¹³. (tradução nossa)

A diferença entre o modelo federal e o Estado Unitário é que neste existe um único organismo político, com um só governo, um só Legislativo e um só Poder Judiciário, podendo haver apenas uma descentralização administrativa, mas sem autonomia política. São Estados Unitários a França e Portugal.

Já nas confederações os países continuam independentes e soberanos e se reúnem em torno de interesses comuns. Já foram confederações, a Grécia, quando, na luta para se libertar do domínio persa, as cidades gregas se uniram, promovendo uma revolução (guerra greco-persa), e também os EUA, que, a princípio, era uma confederação formada pelas ex-colônias inglesas do leste, e após, se transformou em um Estado Federal com um alto nível de descentralização.

12 ALLEGRI, Maria Romana. *Orientamenti sociali delle Costituzioni Contemporanee*. Milão/Itália: SEAM, 2000.

13 L'esempio tipico di Stato federale è costituito dalla Repubblica federale tedesca, la cui prima costituzione federale risale AL 16 aprile 1871, in seguito all'unione realizzata dal Regno di Prussia per opera di Bismark degli Stati monarchici tedeschi, Ed eccezione dell'Austria, e delle città repubblicane anseatiche di Amburgo, Brema e Lubecca. Se, comunque, la prima Costituzione federale reppublicana venne approvata da un'Assemblea Costituente nella città di Weimar nel 1919, Le vicende della seconda guerra mondiale, provocando La spartizione della Germania in due zone di influenza, hanno portato, Il 23 maggio 1949, Allá promulgazione della legge fondamentale, tuttora in vigor, Che per oltre quaranta ani há trovato applicazione unicamente Nei dieci Länder della Germania occidentale e Che, a partire dal 31 agosto 1990, in seguito Allá reunificazione, è stata estesa a tutto Il território tedesco, Che è attualmente composto di quindici Länder.

Partindo-se então desses três modelos de organização de Estado, conclui-se que a União Européia é uma confederação, pois preenche todas as características inerentes a esse tipo de organização: os Estados-membros são autônomos e igualmente soberanos, não possui uma Carta Constitucional hierarquicamente superior, e não é indissolúvel, pois sobrevive o direito de retirada inerente à soberania de cada Estado membro. Já a federação é indissolúvel, só podendo ter a sua estrutura modificada por meio de um movimento revolucionário que motive o surgimento de um Poder Constituinte Originário com forças para alterar a forma de Estado. No Brasil, por exemplo, a forma federativa e a separação de poderes são consideradas cláusulas pétreas, não podendo ser alteradas sequer pelo processo rigoroso de uma emenda constitucional.

9 CONCLUSÃO

A crise européia deflagrada inicialmente na Grécia colocou um freio no processo de integração regional no continente europeu, que, até então, se desenvolvia de forma progressiva e galopante.

No entanto, até mesmo na crise, a atuação coordenada dos países-membros da União Européia pode dar uma resposta positiva e ajudar a fortalecer ainda mais o processo de integração. Seguindo a antiga e famosa premissa “a União faz a força”, é possível criar programas de estímulo, capazes de fazer os Estados de economias mais enfraquecidas saírem da UTI e, com o passar do tempo, caminharem com as próprias pernas.

O que não se pode permitir é que uma crise econômica desestabilize todo um Continente que sempre serviu de exemplo de civilização para todo o mundo, com sua política de Bem-Estar social construída ao longo de décadas.

REFERÊNCIAS

ALLEGRI, Maria Romana. *“Orientamenti sociali delle Costituzioni Contemporanee”*. Milão/Itália: SEAM, 2000.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito Comunitário*. Comunidades Européias, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Constituição Européia entre o programa e a norma. In. NUNES, António José Avelãs. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19 ed. Atual. SP: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. “*As Etapas do Processo de Integração Regional: Uma Análise a Partir do Modelo Europeu*”. Artigo publicado em 05/2009. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/12833/as-etapas-do-processo-de-integracao-regional>>

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoria Geral do Estado*. Fundo de Cultura Econômica. México: 2002.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933.

MARCHIORI NETO, Daniel Lena; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. “*Constituição Européia: Dilemas da Consolidação de uma Soberania Supranacional*”. *Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana, UFSM*, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/mila/publicacoes/reppilla/edicao02-2006/2006%20%-20artigo%201.pdf>>

PATRÃO Afonso. “*O direito de abandonar a União Européia à luz do Tratado de Lisboa: a extinção do direito de livremente abandonar a União*”. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. IV. p. 755 - 794.

PATRONO, Mario. “*I Diritti Dell’Uomo nel Paese d’Europa*”. Pádova/Itália: CEDAN, 2000.

SOUZA, André Barbieri. “*A União Européia e o Déficit Democrático: Um estudo a partir de Jürgen Habermas*”. Disponível em < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/andre_barbieri_souza.pdf>

BREVE ESTUDO COMPARADO ENTRE OS MODELOS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA ITÁLIA E NO BRASIL

*BRIEF COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE MODELS OF BIDDING AND
PROCUREMENT CONTRACT IN ITALY AND IN BRAZIL*

Fernanda Vieira de Castro

Advogada da União da Procuradoria-Regional da União da 5ª Região

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília

*Aluna do Curso de Introdução do Direito Europeu - "Tradizione Civilistica e
Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee" - Università di Roma Tor Vergata*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aproximação Teórica entre o Direito Administrativo Brasileiro e o Italiano; 2 Características do Procedimento de Contratação Pública Italiano: *la gara*. Comparação com o Método Brasileiro; 3 A tutela dos Contratos da Administração Pública Italiana: Fundamentais Divergências com o Modelo Brasileiro; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: De início, o presente artigo desenvolve considerações sobre o surgimento e o desenvolvimento do direito administrativo na Itália e no Brasil, de modo a propiciar algumas noções das origens e das condições atuais deste ramo jurídico nos dois países em foco. Traçadas estas bases, parte-se para o estudo comparativo dos procedimentos de licitação em cada Estado, dissertando sobre as modalidades e tipos de licitação, bem como sobre os critérios de desempate entre os concorrentes, focando nas principais similitudes e nas diferenças mais pungentes. Por fim, em breves ponderações, discorre-se acerca da tutela dos contratos públicos na Administração Pública italiana e na brasileira, frisando as suas divergências.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Itália. Brasil. Licitação. Contrato Público. Administração Pública.

ABSTRACT: This article starts with considerations about the emergence and development of administrative law in Italy and in Brazil, in order to provide some understanding of the origins and current conditions of this legal branch in both countries. After this, it follows the comparative study of bidding procedures in each state, explaining about the modalities and types of bidding, as well as the tiebreakers among competitors, focusing on the main similarities and on the larger differences. Finally, with brief weights, it talks about the basis of procurement contract in the Italian and in the Brazilian governments, prioritizing their divergences.

KEYWORDS: Administrative Law. Italy. Brazil. Bidding. Procurement Contract. Public Administration.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, de fato, não tem a pretensão de exaurir a temática comparativa dos direitos italiano e brasileiro em termos de direito administrativo, ou mais precisamente, acerca dos contratos e formas de escolha dos contratantes pela Administração Pública. Busca, numa visão ampla, trazer ao leitor, breves noções do contexto atual dos temas em questão.

Primeiramente, inicia-se a abordagem com considerações sobre as origens e a evolução do direito administrativo em ambos os Estados, a fim de construir uma base teórica necessária à compreensão da sistemática da contratação pública na atualidade. Sempre buscando a comparação entre os dois ordenamentos jurídicos em estudo.

Após traçadas estas bases, segue-se com o estudo da forma utilizada pela Administração Pública italiana para escolher seus contratantes, comparando-a com o modelo brasileiro, nos aspectos que mais os aproximam ou mais os diferenciam.

Finalmente, dá-se continuidade com a abordagem do tema da contratação pública, propriamente dita, trazendo os principais aspectos da sistemática italiana, bem como suas bases jurídicas e localização no contexto do ordenamento daquele país, procurando, evidentemente, contrastar com o padrão utilizado no Brasil, bem como fazer algumas ponderações sobre a possibilidade de aproximação com a fórmula italiana, de modo a prestigiar a ampla concorrência.

Em conclusão, procura-se com o presente artigo, à luz do direito da Comunidade Europeia, trazer algumas breves reflexões, que indiquem uma possível orientação à construção da integração com os países no modelo do Mercosul.

1 APROXIMAÇÃO TEÓRICA ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E O ITALIANO

Inicialmente, faz-se necessário contextualizar o direito administrativo no âmbito dos dois países, para que se possa compreender mais facilmente as similitudes e os pontos de afastamento nos procedimentos de contratação da Administração Pública.

Por uma questão de ordem lógica, ou melhor, cronológica, inicia-se a explanação pelo ordenamento jurídico italiano, para depois se chegar ao ordenamento brasileiro.

No âmbito italiano, segundo Marco D'Alberti, percorrendo as fontes do direito romano, já se encontra a distinção entre *jus publicum*

e *jus privatun*, sendo o primeiro aquele que persegue o interesse da *respublica*, do interesse público, da coletividade. Mas se trata, na realidade, de simples fragmentos e não ainda de ordenamento do direito administrativo, propriamente.¹

Os doutrinadores franceses sustentam que o direito administrativo na Europa deve ter nascido aproximadamente no século XI e que já nesta época existiam regras administrativas, sobretudo sobre acerca do “direito aos serviços públicos”. Direito este, como conjunto de regras, que estão muito próximas ao que se conceitua hoje como serviço público.

Em verdade, o que se percebe é que estas regras tiveram uma duração grande no tempo, mas ainda não se configuram um sistema jurídico organizado, que se possa chamar de direito administrativo. Este ramo jurídico só virá surgir, como tal, no século XVIII e se consolidará no século XIX, com a Revolução Francesa.

Logo após a Revolução Francesa é que se instituiu a primeira cátedra universitária de direito administrativo. Nesse momento inicial, o *Conseil d'État* não era ainda um verdadeiro órgão jurisdicional, ele somente o será em 1872.

Assim, para os doutrinadores italianos, a França é o nascedouro do direito administrativo, isto porque este Estado foi favorecido pelo fato de ser bastante centralizado, o que propiciou o surgimento de um corpo de regras administrativas uniformes, que formaram um sistema jurídico próprio.

Desta feita, pode-se dizer que o direito administrativo, como hoje se conhece, surgiu na França e foi basicamente construído da jurisprudência do Conselho de Estado francês, que era um órgão encarregado de julgar divergências surgidas entre a Administração e os administrados e, até na atualidade, este órgão continua tendo sua importância neste país.

O Conselho de Estado, conforme já ressaltado, em princípio, era órgão consultivo e recursal, ou seja, não deliberava e não conhecia das questões conflituosas em primeira instância, que eram resolvidas pelos Ministros. A matéria recursal era proveniente dos Conselhos de Prefeitura (de atuação local). Na prática, o Conselho de Estado se limitava a propor uma decisão que seria homologada pelo Chefe de Estado – período este conhecido como “justiça retida”, pois estaria nas mãos do deste a possibilidade de alterar o que fosse conhecido pelo Conselho.

Posteriormente a homologação foi extinta, mas manteve-se a possibilidade de revisão, ainda que não fosse levada a cabo – período conhecido como “justiça delegada”, quando este órgão passa a compor a chamada jurisdição administrativa.

¹ D'ALBERTI, Marco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Torino, Itália: G. Giappichelli Editore, p. 4, 2012.

De toda sorte, este órgão foi o responsável pela base teórica do direito administrativo, que se espalhou por toda a Europa e pelos países por esta influenciados, como a Itália.

A Itália não conheceu uma centralização do Estado como a França. Perdura, até hoje, uma visão local, de províncias, muito forte. Este fato histórico favoreceu a fragmentação e dificultou a criação das regras uniformes para a formação do sistema jurídico administrativo.

Assim, neste país, o direito administrativo somente veio nascer em fins do século XIX, início do século XX, quando se consolidou a cátedra universitária e a jurisprudência do *Consiglio di Stato*, órgão de inspiração totalmente francesa, que ainda hoje contribui para a solidificação desse ramo jurídico.

Na Itália, ademais, este ramo jurídico tem uma raiz muito ideológica, onde pesa bastante a influência filosófica alemã, principalmente de Hegel, que delineou a ideia de um Estado forte.

De início, pode se dizer que o direito administrativo italiano trazia as seguintes características: ser intimamente ligado ao direito do Estado e em particular ao direito do governo central; ser provido de uma substancial incomunicabilidade com os direitos administrativos dos outros Estados, ou seja, vigia a noção de que cada Estado tem seu direito administrativo (nacional) e estes não dialogavam entre si; trazia um distanciamento grande do direito privado, traduzido principalmente em regras derogatórias do direito privado, como o princípio da imperatividade e da autoexecutoriedade, e como último traço inicial observado, tem-se que o direito administrativo, nascido na França como direito da *puissance publique*, da potestade administrativa, é traduzido, também no Estado italiano, como a autoridade que a Administração exprime na sua atividade.

Na atualidade, sob a influência crescente da Comunidade Europeia, principalmente das suas Cortes (Corte de Justiça e Corte Constitucional dos Estados da Comunidade), a Itália vem sofrendo condicionantes no direito administrativo nacional, mormente pelo reconhecimento do primado do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados membros.

Esta influência é sentida também nas contratações públicas, que são minuciosamente disciplinadas por diretivas comunitárias, tal como em importantes serviços de utilidade pública, a exemplo da energia elétrica, do gás, do transporte, da telecomunicação, do serviço bancário e do mercado financeiro e do meio-ambiente.²

² D'ALBERTI, op. cit., p. 19.

Modernamente, não só se pode evidenciar a influência do direito comunitário sobre o direito administrativo italiano, como se verifica, ademais, a influência do direito das Regiões. Há um consistente direito administrativo conhecido como subnacional que exerce pressão no direito administrativo nacional, pois larga parte da regulação da economia (como da agricultura, da indústria e dos serviços) são de competência regional, com alguns limites postos pela legislação estatal.

No ordenamento jurídico brasileiro, em contrapartida, quanto ao direito administrativo especificamente, embora este tenha fortes raízes no direito francês, vê-se profundas alterações trazidas pelo direito norteamericano, principalmente devido à política externa adotada por este citado país, que tendia a submeter os países do chamado terceiro mundo aos seus comandos e ideais.

No período do Império, quando promulgada a primeira Constituição do Brasil, em 1824, percebe-se já a forte influência francesa, pois nesta já se previa a separação dos poderes e a existência de um Conselho de Estado, embora unicamente consultivo.

Começa-se, portanto, a desenvolver-se o direito administrativo, graças ao trabalho de doutrinadores e da Jurisprudência feita pelo Conselho de Estado.

Com o início da República, encerrou-se a jurisdição do Conselho de Estado. Assim, abandonou-se o modelo francês de dualidade de jurisdição e se acolheu o modelo americano de unidade. Já a Administração passou a se submeter ao controle jurisdicional, especialmente com a organização da Justiça Federal em 1890.

Contudo, no que diz respeito a teorias e princípios doutrinários, fica evidente a influência dominante do direito francês criado pela jurisdição administrativa, que paulatinamente derogou regras do direito privado que eram aplicáveis à Administração, criando-lhe um regime jurídico especial, dando autonomia ao direito administrativo. Neste ponto, afastou-se do direito americano que repudiava tal ideia.

Não há dúvidas da influência estrangeira na formação do direito administrativo brasileiro. Além da citada grande influência francesa, o direito italiano também deixou sua contribuição, notadamente com a noção de mérito administrativo, de interesse público e de autarquia. Dos alemães, percebe-se a inspiração para o tema dos conceitos jurídicos indeterminados. Além da já referida influência americana, a qual inspirou o surgimento de alguns elementos de proteção como o mandado de segurança e o de injunção.

Outro fato importante acerca do direito administrativo pátrio é que este foi profundamente positivado, ou seja, os elementos trazidos do

direito francês foram legislados, o que, segundo Maria Sylvia di Pietro, retirou deles a forma mais flexível, adaptável ao interesse público sempre em mutação, aumentando, conseqüentemente, a sua rigidez.³

Concluindo, pode-se ver que, a par da jurisdição bipartida que prevalece na Itália, o direito administrativo nos dois países têm raízes bastante semelhantes, embasados nos conceitos surgidos no Conselho de Estado francês, com fortes influências de outras escolas europeias, tais como a germânica. Mas, na atualidade, como se verá, a influência do direito comunitário tem trazido novas perspectivas ao direito administrativo italiano, importando em algum distanciamento conceitual entre as duas escolas ora analisadas.

2 CARACTERÍSTICAS DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA ITALIANO: L'EVIDENZA PUBBLICA. COMPARAÇÃO COM O MÉTODO BRASILEIRO

De início, deve-se esclarecer que o procedimento licitatório italiano tem muitas semelhanças com o modelo brasileiro, mas, na atualidade, dada as novas exigências trazidas pela introdução da Itália na Comunidade Europeia, os modelos têm se distanciado, principalmente quanto à priorização da igualdade de concorrência entre as nações integrantes da Comunidade. O Brasil, em contraposição, continua na política de preferência às empresas brasileiras e num tendência mercadológica fechada, muito embora, como se verá adiante, alguns autores refutem a constitucionalidade desta postura.

No Estado brasileiro assim como no italiano, a Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de participação de todos na possibilidade de contratação com o governo e a moralidade administrativa, sobretudo. No Brasil, tal preceito se aplica às obras, aos serviços, às compras e às alienações realizadas pelos órgãos dos três Poderes e dos Tribunais de Contas (art. 117, Lei n° 8.666/93).

Assim, a licitação, explicitada na Lei n° 8.666/93, é um processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar, por oferecer a proposta mais vantajosa ao interesse público.⁴

Na Itália, particularmente com o advento do direito comunitário, houve uma transformação na finalidade da disciplina da licitação, houve

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de Direito Administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: RBDP, ano 1, n. 1, p. 9, abr. 2003.

4 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Ed. RT, p. 184, 2009.

uma maior priorização na tutela da concorrência entre as empresas que aspiram contratar com a Administração, integrantes dos vários países integrantes da Comunidade Europeia e não mais tão somente uma tutela visando a atender ao interesse financeiro do Estado contratante, mas uma normativa comum aos diversos Estados membros da Comunidade com finalidade de construção de um mercado aberto e concorrencial. Assim, comparativamente com o modelo brasileiro, a igualdade de concorrência ganha um contorno mais amplo, na definição do procedimento licitatório.

Desta feita, nesta perspectiva, a norma comunitária em matéria de contratação pública tende a garantir a todos os interessados a possibilidade de participar da licitação em condição de paridade com as empresas nacionais do Estado onde se executará o contrato.

O direito italiano trata, ademais, da expressão “*evidenza pubblica*” que é todo o procedimento que vai até a conclusão dos contratos pela Administração Pública, a qual não existe equivalente no Brasil. Este procedimento traz as seguintes fases: uma de direito público, que vai desde a necessidade de contratar da Administração, a escolha do sistema de escolha do contraente, o procedimento licitatório, a determinação das cláusulas contratuais e a aprovação do contrato, e outra fase disciplinada prevalentemente pelo direito privado, relativa à execução do contrato.⁵

No ordenamento brasileiro, segundo o art. 3º da Lei nº 8.666 de 1993, a licitação destina-se a garantir a isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa e, além disso, deve observar os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo.

São modalidades de licitação no Brasil: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão (Lei 10520/2002).

Em breve descrição, a seguir, serão dadas as principais características de cada modalidade, a fim de melhor evidenciar a comparação com o modelo italiano.

Na modalidade concorrência participam quaisquer interessados que, na fase de habilitação, comprovem os requisitos de qualificação. É usada, em geral, para contratos de grande valor e para alienação de bens públicos imóveis. É cabível nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais (nesta também se admite a tomada de preços).

Quando da realização da tomada de preços, participam interessados previamente cadastrados ou que atenderem às condições exigidas para o

5 CONSALES, Biancamaria e LAPERUTA, Lilla. *Compendio di Diritto Amministrativo*. Itália: Maggioli Editore, p. 353-354, 2012.

cadastro até o 3º dia antes do recebimento das propostas, observada a devida qualificação.

A modalidade convite se faz com a participação de interessados do ramo pertinente ao objeto do futuro contrato, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa. Pode ser estendida aos interessados cadastrados, que manifestarem interesse em participar com até 24 horas de antecedência do prazo para apresentação das propostas. É usada em contratos de pequeno valor e a divulgação é feita através de Carta-convite.

No concurso, participam interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme edital publicado com no mínimo 45 dias de antecedência.

Já quando a Administração pratica o leilão, quaisquer interessados podem participar. Este é usado preferencialmente para venda de bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou para alienação de bens imóveis adquiridos por processo judicial ou dação em pagamento.

Por último, a recente modalidade introduzida pela legislação brasileira, chamada pregão, na qual quaisquer interessados podem participar e é usada para aquisição de bens e serviços comuns, sem limite de valor, em que a disputa é feita por propostas e lances em sessão pública. Pode ser realizado utilizando-se recursos da tecnologia da informação (pregão eletrônico). Nesta modalidade, ocorre primeiro a fase de classificação e depois a habilitação. Os licitantes podem deixar de apresentar os documentos de habilitação se integrantes do SICAF – Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores.

O art. 23 da Lei nº 8.666/93 traz os critérios para a escolha entre as modalidades convite, tomada de preços e concorrência.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

§ 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Na Itália, há basicamente quatro modalidades de licitação. São estas: “procedura aberta”, “procedura ristretta”, “procedura negoziata” e “diálogo competitivo”.

O procedimento aberto (procedura aberta) é aquele em que cada empresa interessada pode apresentar uma oferta, ou seja, todos podem participar da licitação. Trata-se do procedimento que garante a mais ampla participação e abertura ao mercado, corresponde ao modelo anterior chamado de “asta pubblica”, existente antes da entrada da Itália na Comunidade Europeia. Este modelo se assemelha à modalidade concorrência, adotado no Brasil, pela amplitude da abertura.

Já no procedimento restrito (procedura ristretta) as empresas podem candidatar-se a participar e apresentar uma oferta, no entanto, este é direcionado, sobretudo, às empresas convidadas pela Administração contratante. Era anteriormente conhecido como “licitazione privata”. A Administração, no caso, limita a concorrência somente às empresas que possuem idoneidade para fornecer a prestação requerida. Todavia, a norma comunitária impôs que houvesse publicação de um edital prévio, para que outras empresas, eventualmente interessadas, possam apresentar suas propostas e requerem ser convidadas a participar do procedimento. É bastante semelhante à modalidade convite, prevista no ordenamento brasileiro.

O procedimento restrito é preferido quando o objeto do contrato é somente de execução ou quando o critério de adjudicação é a proposta mais vantajosa economicamente.

Com o procedimento negociado (procedura negoziata), a Administração consulta as empresas de sua escolha e negocia as condições de contratação. Trata-se de um procedimento excepcional,

que só pode ocorrer nos casos legais. Anteriormente era conhecida como “trattativa privata”.

O Código dos Contratos Públicos italiano prevê duas hipóteses em que a Administração pode recorrer a este procedimento (D.Lgs. 163/2006, direttiva 2004/18), citadas no Compendio di Diritto Amministrativo:⁶

- a) com uma publicação prévia de edital de licitação: quando, no resultado de um procedimento aberto ou restrito ou de um diálogo competitivo, todas as ofertas apresentadas foram irregulares ou inadmissíveis [...] ou;
- b) sem prévia publicação prévia de edital de licitação: quando depois de um procedimento aberto ou restrito, não foi apresentada nenhuma oferta, ou nenhuma oferta apropriada, ou nenhum candidato; quando se tratar de contratação que por razões técnicas ou artísticas deve ser necessariamente celebrada com determinada empresa ou pessoa; ou ainda, nos casos de absoluta urgência, que sejam resultantes de eventos imprevisíveis pela Administração, incompatíveis com a realização dos outros procedimentos. [...] (tradução livre)

Nesses casos, deve haver justificativa bastante fundamentada, sobretudo na atualidade, pela ótica da ampla concorrência trazida pela Comunidade Europeia, contraposta a forte limitação, que é evidente ao se recorrer a este procedimento.

Por fim, tem-se a modalidade chamada diálogo competitivo, que é usada para contratos particularmente complexos, em que a Administração necessita travar um diálogo com os candidatos advindos a tal procedimento, com o fim de elaborar uma ou mais soluções aptas a satisfazer as suas necessidades e sobre as quais se embasarão os candidatos selecionados, que serão convidados a apresentar as suas ofertas, sendo que qualquer empresa pode candidatar-se a participar.

Recentemente, a diretiva comunitária, através do D.Lgs. 163/2006, introduziu novos procedimentos de licitação, o chamado “l'accordo-quadro”, “o sistema dinâmico de aquisição”, e a comumente conhecida “l'asta elettronica”.

O acordo-quadro é, como o nome sugere, um acordo entre um ou mais órgãos contratantes e uma ou mais empresas com o escopo de

⁶ CONSALES, op. cit., p. 382.

estabelecer cláusulas relativas aos contratos de adjudicação durante um dado período, em particular resguarda o preço e a quantidade previstos. São bastante usados em contratos de manutenção pela necessidade de continuidade.

Já a hasta eletrônica é uma modalidade de organização da licitação. Trata-se de um processo de fases sucessivas baseado numa gestão informatizada de apresentação de novos preços, que dá aos concorrentes classificados um tratamento automático.

O sistema dinâmico de aquisição é um processo também inteiramente eletrônico, para aquisições de uso corrente. É usado exclusivamente para fornecimento de bens e serviços tipificados e estandardizados. Vê-se a semelhança dessa modalidade com o pregão eletrônico brasileiro.

No Brasil, os tipos de licitação definem os critérios adotados no ato convocatório para fins de julgamento (exceto na modalidade concurso). São estes: menor preço, melhor técnica, melhor técnica e preço e, por fim, melhor lance ou oferta.

Os critérios adotados determinam, como ressaltado, a forma de proceder da Administração para o julgamento da proposta.

Assim, definido o critério do menor preço, o vencedor da licitação será o que oferecer mais vantajoso, atendidas as demais condições (art. 45, § 1º, I).

Segundo o critério da melhor técnica, o vencedor será o que oferecer melhor forma de execução do objeto de futuro contrato. É destinado exclusivamente a serviços de preponderante natureza intelectual, sobretudo elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento, engenharia consultiva (art. 45, § 1º, II), etc. Excepcionalmente pode ser usado para compra de bens, execução de obras e serviços de grande vulto, com predominante dependência de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestada por autoridades de reconhecida qualificação.

O critério da melhor técnica e preço assegura o julgamento efetuado de acordo com a média ponderada das valorizações técnicas e de preços, segundos pesos fixados no ato convocatório (art. 45, § 1º, III).

Já o julgamento segundo melhor lance ou oferta é usado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (art. 45, § 1º, IV).

O modelo italiano possui basicamente dois tipos de julgamento, que é o de melhor preço e aquele da oferta economicamente mais vantajosa, que seria equivalente a uma combinação de melhor preço e técnica. Isto porque, como se pode perceber do estudo realizado, a Itália prima pela economicidade na escolha da contratação administrativa, não deixando de considerá-la nem quando a técnica se faz essencial ao contrato.

No primeiro caso, na escolha pelo preço mais baixo, a Administração não tem praticamente nenhuma discricionariedade na escolha, pois se trata de julgamento inteiramente objetivo, em que se escolhe a proposta mais vantajosa financeiramente em comparação ao disposto no edital.

No segundo caso, a comissão de licitação deve considerar não só a conveniência econômica da oferta, mas alguns critérios de avaliação qualitativos que foram previamente explicitados no edital da licitação, como por exemplo, a qualidade da mercadoria, características técnicas do produto, características estéticas, funcionais ou até ambientais. Não obstante possa imprimir certa discricionariedade técnica na escolha da Administração, o ordenamento exige rigorosa predeterminação, ainda na publicação do edital, dos critérios valorativos da escolha e do peso relativo a ser atribuído a cada um desses critérios por parte da comissão.⁷

Por fim, quando se trata de licitação, importante explicitar, porque trata de característica bastante diferencial do modelo brasileiro, o critério de desempate previsto no art. 3º, § 2º e no art. 45, § 2º, ambos da Lei nº 8.666/93.

Art. 3º.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

~~I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;~~ (REVOGADO)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Art. 45.

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

No modelo italiano, devido à preponderância dada à ampla concorrência, desde a entrada na Comunidade Europeia, impensável favorecer ou conceder quaisquer tipos de privilégios ou prerrogativas as empresas, bens ou serviços nacionais.

⁷ D'ALBERTI, op. cit., p. 270-271.

De fato, a concorrência há de ser privilegiada, inclusive no procedimento brasileiro, pois implica em amplo favorecimento à igualdade, à isonomia entre os participantes da licitação e à imparcialidade como princípio norteador de toda a Administração Pública, mas tal conceito ganha uma ampla dimensão na Itália e regulamentação no âmbito dos Tratados Internacionais, de modo que não se pode falar em concorrência unicamente no nível interno do Estado contratante, mas em todo o contexto da União Europeia, abrangendo todos os Estados membros.

No Brasil, a importância e a abrangência do Mercosul ainda não tem o mesmo alcance, de modo que o conceito de concorrência, implica na abertura à participação das empresas interessadas no procedimento, com alguns benefícios de ordem legal para as sediadas no país e até para aquelas que são nacionais, algo impensável no Estado italiano.

Segundo a Lei nº 8.666/93, tem-se como critério de desempate, conforme ressaltado, a preferência aos bens e serviços produzidos no país e aos bens e serviços prestados por empresas brasileiras, sucessivamente. Odete Medauar é de opinião que estas preferências por empresas brasileiras são de constitucionalidade duvidosa, após a revogação do § 2º, do art. 171, da Carta Magna que determinava, ao Poder Público, a preferência por empresa brasileira de capital nacional, na aquisição de bens e serviços.⁸

Em julgado recente, a Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal entendeu a questão da seguinte forma, *verbis*:

Trata-se recurso extraordinário interposto de acórdão assim ementado: “ LICITAÇÃO. PREFERÊNCIA DE EMPRESA DE CAPITAL NACIONAL . Privilégio que restou afastado pela Emenda Constitucional nº 06 de 15/08/95. Empate das propostas que corretamente foi solucionado por sorteio. Primeira apelação improvida. Segunda e terceira apelação providas (fl. 240). 2. Nas razões do RE, sustenta-se ofensa ao art. 5º, caput, da Constituição Federal, alegando que o benefício concedido à empresa ora recorrente pelas Leis nº 8.248/91 e 8.666/93 “não decorre de sua natureza de ‘empresa brasileira’ ou de ‘empresa brasileira de capital nacional’, mas do fato de seus produtos serem produzidos no País com tecnologia nacional e com significativo valor agregado” (fl. 279). Aduz ainda que o entendimento manifestado no RE encontra amparo no Parecer CONJUR 231/95, que ao “examinar a repercussão da revogação do artigo 171 da Constituição Federal no artigo 3º da Lei 8.248/91, o Parecer posiciona-se no sentido de que só foram derogados aqueles

8 MEDAUAR, op. cit., p. 184.

benefícios que tinham como ponto de partida o conceito de ‘empresa brasileira’ e de ‘empresa brasileira de capital nacional’, persistindo, no entanto, aqueles benefícios concedidos aos bens produzidos no País” (fl. 276). 3. Inadmitido o recurso na origem (fl. 321-323), subiram os autos em virtude do provimento do AI 557.484/RS (fl. 336). 4. O Ministério Público Federal opinou pelo improvemento do recurso (fls. 339-340). 5. O presente recurso não merece prosperar. Primeiramente, constato que não merece guarida o argumento de que o benefício concedido à empresa ora recorrente pelo art. 3º da Lei 8.248/91 persiste, mesmo após a edição da Emenda Constitucional 06/1995. Isto porque a referida lei, em sua redação original vigente à época da licitação, faz remissão expressa ao artigo 171 da Constituição Federal, que foi revogado pela EC 6/95: “Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do §2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem: I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local; § 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo. § 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.” Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho da decisão proferida no MS 24.474/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 05.09.2008, em que foi discutida matéria similar àquela dos autos: “Com efeito, o objetivo do art. 3º da Lei 8.248/1991 (em sua redação primitiva) era dar densidade normativa aos arts. 170, IX, e 171, II e § 2º, da Constituição (em sua redação original), que cuidavam do favorecimento a ser conferido à empresa brasileira de capital nacional. *Ocorre que a Emenda Constitucional 6/1995, ao alterar o art. 170, IX, e revogar todo o art. 171 da Constituição, excluiu a figura da “empresa brasileira de capital nacional” (a que se referia o revogado inciso II do art. 171 da Carta Magna).*” Ademais, verifico que para chegar à conclusão pretendida pela parte recorrente, de que a empresa teria direito ao benefício concedido pelo art. 3º da Lei 8.248/91 pelo fato de seus produtos serem produzidos no País com tecnologia nacional e com

significativo valor agregado, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, hipótese inviável em sede extraordinária (Súmula STF 279). 6. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 16 de agosto de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora.

RE 556668, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 16/08/2010, publicado em DJe-156 DIVULG 23/08/2010 PUBLIC 24/08/2010 (grifo nosso).

Desta feita, conclui-se que a tendência é que tais preferências sejam abolidas do ordenamento brasileiro. Contudo, ainda não significa que se terá a mesma conceituação ampla dada à concorrência no modelo italiano.

Seguindo com as diferenciações entre os modelos licitatórios, tem-se que as fases da licitação no Brasil são as seguintes: fase inicial, denominada instauração ou abertura, expressa por um edital (em geral); habilitação; classificação; julgamento; homologação e adjudicação. Na Itália, as fases se assemelham e são estas: fase de externalização (edital), apresentação das propostas, valoração destas pela comissão julgadora, adjudicação provisória e adjudicação definitiva. Contudo, conforme dito anteriormente, a disciplina pública vai somente até a fase de adjudicação, pois a execução contratual é determinantemente de direito privado. Ou seja, o procedimento chamado “evidenza pubblica” possui natureza pública, mas o contrato possui natureza privada.

O edital é a lei interna da licitação, assim como o “bando di gara”, não podendo deixar de ser cumprido pela Administração. O art. 40 da Lei nº 8.666/93 arrola os dados obrigatórios do edital. A divulgação deve se dar no Diário Oficial e em jornais de grande circulação, nas licitações federais. Outros meios de divulgação podem ser utilizados. Da mesma maneira, na Itália, há itens obrigatórios no edital, como os requisitos para participação, os valores contratuais, a duração, o critério de adjudicação, entre outros, e este deve ser divulgado na “Gazzeta Ufficiale dell’Unione Europea”.

Desta feita, percebe-se que, em termos práticos, a Itália adota modelos mais simples de escolha dos contraentes, bem como privilegia, em margens mais amplas, a concorrência, tendo em vista que traz, devido às diretivas da Comunidade Europeia, abertura a todos os Estados do bloco, em igualdade de condições, para participação no procedimento licitatório.

Já no Brasil, ainda não se pode falar em concorrência nestes termos, pois, como visto, ainda vige na legislação privilégios que são

outorgados a empresas que produzem bens e serviços no país e, ademais, em comparação ao modelo europeu, é notória a incipiência do processo de integração no Mercosul, o que, com o seu crescimento, poderá trazer maior aproximação entre os sistemas nacionais estudados.

3 A TUTELA DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ITALIANA: FUNDAMENTAIS DIVERGÊNCIAS COM O MODELO BRASILEIRO

Desde o início da formação da chamada Comunidade Europeia em 1985, existiu um intenso trabalho para harmonização das diversas legislações dos Estados Membros, com fim de eliminar todas as barreiras (físicas, técnicas e fiscais) que se contrapunham ao processo de integração.

Com o Tratado de Maastricht (nascido oficialmente como Tratado sobre a União Europeia – TUE) foi inaugurada uma nova fase do projeto de integração europeia, dando início à construção de uma verdadeira federação.⁹

Assim, a partir de 1º de janeiro de 1993 (introdução do Tratado de Maastricht) caíram todos os obstáculos de natureza burocrática e tarifária entre os países membros da Comunidade Europeia, que obstaculizavam a livre circulação dos bens e dos serviços.

Vários tratados se sucederam a este, para aperfeiçoamento da então chamada Comunidade Europeia, porém aquele que procedeu profunda modificação no tratado constitutivo da Comunidade de 1957 e o de Maastricht de 1992 foi o Tratado de Lisboa. Este Tratado trouxe uma nova denominação para o Tratado da Comunidade Europeia, agora denominado Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) e, ademais, acabou com a dupla personalidade jurídica antes existente (União e Comunidade Europeias), que trazia largas discussões jurídicas acerca da natureza jurídica de cada um destes entes.

O TFUE tem um perfil mais operacional e reúne todas as disposições voltadas a regular a competência e a delimitar o campo de ação da União.¹⁰ Assim, neste espírito, tem-se que na estrutura do Tratado uma parte dedicada a Política e ação interna da União (Parte III), onde são especificadas regras de mercado, livre circulação de mercadorias e bens, normas comuns de concorrência, fiscalização, etc.

9 MARTINELLI, Francesco. *Compendio di Diritto dell'Unione Europea: aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*. Roma, Itália: Edizione Giuridiche Simone, p. 18, 2012.

10 MARTINELLI, op. cit., p. 25.

Tal introdução histórica se faz necessária, para se ter em mente a premente e intensa preocupação com a tutela da concorrência em termos de contratos públicos na Itália, devido a intensa legislação da União Europeia voltada a livre circulação de bens e serviços, ao mercado livre entre os países membros. Preocupação diversa da brasileira, que é primordialmente focada na manutenção da moralidade administrativa, traduzida pela tratativa impessoal e imparcial da legislação para fins de contratação pública.

Isso não significa que no país europeu não se tenha preocupação com a moralidade, ou a impessoalidade, muito pelo contrário, a introdução de regras mais restritas de contratação pública na Itália se deu justamente com este foco, devido a crescentes esquemas de corrupção, mas, hoje em dia, com a forte ingerência das regras da Comunidade Europeia no direito interno dos Estados Membros, houve uma mudança de foco, com a crescente preocupação com a livre concorrência entre empresas que integram a referida Comunidade.

Desta feita, o direito da União Europeia vem condicionar amplamente os direitos administrativos nacionais, especialmente quando se reconheceu o primado do direito comunitário sobre os direitos internos dos Estados membros, que, como ressalta D'Alberti, firmou-se nos anos 80 graças a jurisprudência da Corte de Justiça e da Corte Constitucional dos Estados da Comunidade.¹¹

No âmbito das contratações públicas não é diferente. Estas são reguladas, em larga medida, pelo direito comunitário.

Outrossim, o poder discricionário da Administração sofre significativa limitação, justamente para não criar obstáculo a ampla circulação de bens e serviços entre os Estados membros da Comunidade.

Ademais, não se pode deixar de observar que, particularmente, o direito administrativo italiano é também bastante influenciado pela formação heterogênea da federação nacional, o direito administrativo municipal assumiu um patamar de relevo e o desenvolvimento da "democracia subnacional" reforçou sensivelmente os poderes normativos e administrativos das Regiões.

Neste contexto, percebe-se que os direitos administrativos nacionais, que primeiramente eram incomunicáveis entre eles, começam a entrar em via de convergência. Tal feito também é observável no Brasil, pela crescente influência estrangeira no direito administrativo, principalmente de figuras usuais na prática norte-americana.

Por todo o exposto, nota-se que de início o direito administrativo era essencialmente público, há uma grande publicização de todos os

¹¹ D'ALBERTI, op. cit., p. 19.

institutos de direito administrativo, desde os atos administrativos unilaterais até o contrato. Porém, com o ingresso na Comunidade, verifica-se que embora o procedimento licitatório permaneça disciplinado pelo direito público, já os contratos sofrem mais e mais a ingerência do direito privado, chegando sua execução, na atualidade, a ser gerida pelo Código Civil italiano.

Releva-se tal característica, como já dito, com o procedimento chamado “*evidenza pubblica*”, que tem duas fases, quando à ordem jurídica: uma disciplinada pelo direito público, que vai desde a confecção do edital, o procedimento de licitação, as disposições das cláusulas contratuais e a aprovação do contrato, e a outra disciplinada prevalentemente pelo direito privado, que é a fase relativa à execução do contrato. Tal fase negocial é caracterizada pela paridade entre as partes.¹² Inclusive, quaisquer divergências entre os contratantes, que nessa fase surjam, devem ser levadas à Justiça Comum e não ao Conselho de Estado, que é o órgão encarregado de julgar as questões entre administrados e Administração.

Tem-se, portanto, a divergência fundamental dos modelos analisados. No Brasil, a contratação da Administração Pública, em todo o momento, é regida pelo direito público administrativo, bem como suas causas são julgadas pela justiça comum estadual ou federal especializada na Fazenda Pública, devido ao sistema de jurisdição única adotado neste país.

Conclui-se, então, que, no Estado brasileiro, o modelo italiano ainda é impensável, ou seja, a forte publicização do direito administrativo ainda pode ser verificada, principalmente quando se trata do tema dos contratos da Administração Pública, incluindo a sua execução. Não se quer dizer com isso, entretanto, que a Itália tenha feito a melhor escolha, mas em alguns pontos, como a necessidade de ampliação irrestrita da concorrência pela entrada na Comunidade Européia, tais modificações podem ter sido salutares ao processo de integração europeu.

4 CONCLUSÃO

Conforme visto, o Brasil e a Itália têm vários pontos de contato quando se estuda o direito administrativo. Tais similitudes vão desde o surgimento deste ramo jurídico, com a notória inspiração francesa trazida a ambos os países, até mais especificamente, nas orientações para escolha dos contratantes e celebração dos contratos pela Administração Pública.

¹² MARTINELLI, *op.cit.*, p. 353-354.

Ocorre que, o direito no Estado italiano tem sofrido influencia crescente do direito comunitário, de modo que este, na atualidade, tem maior relevo que o direito interno.

Este fenômeno trouxe para Itália a necessidade de abertura do seu modelo de escolha dos contratantes pela Administração, pugnando pela ampla e irrestrita concorrência, destinada a todos os Estados integrantes da Comunidade Europeia.

Tal processo irreversível influenciou até o Código dos Contratos Públicos italiano, que modificou desde a nomenclatura dos procedimentos licitatórios, como até acresceu tantos outros.

Nota-se que isso se fez necessário ao irreversível processo de integração europeu iniciado nos idos de 1957, que segue num crescendo até os dias atuais.

Contudo, não se sabe ao certo se tais questões podem ser irrestritamente transportadas para a realidade brasileira e do Mercosul, mas, ao menos, servem de reflexão para, passadas as questões ora prementes de moralidade e transparência na Administração Pública, possa-se pensar num modelo mais dinâmico e aberto às exigências modernas da ampla concorrência, de modo a propiciar uma maior integração dos mercados na América do Sul.

Em conclusão, observa-se que a rica e avançada experiência de integração europeia tem muito a ofertar à realidade brasileira na construção do Mercosul, especialmente, tratando-se de direito administrativo e da sistemática de contratação e execução dos contratos da Administração Pública. Porém, eventual importação de modelos deve ser efetivada com a devida cautela, para que não venha a conflitar com o sistema jurídico pátrio, como também não se torne uma aplicação ineficiente de um padrão estrangeiro, conforme já se deu em alguns casos, notadamente no transporte da tipologia norteamericana de agências reguladoras, segundo revelam as críticas de diversos doutrinadores de direito administrativo.

REFERÊNCIAS

CONSALES, Biancamaria e LAPERUTA, Lilla. *Compendio di Diritto Amministrativo*. Itália: Maggioli, 2012.

D'ALBERTI, Marco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Torino, Itália: G. Giappichelli, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. 500 anos de Direito Administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Biblioteca Digital *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 1, n. 1, abr. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12514>>. Acesso em: 20 setembro 2012.

MARTINELLI, Francesco. *Compendio di Diritto dell'Unione Europea: aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*. Roma, Itália: Edizione Giuridiche Simone, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed., São Paulo: RT, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



DA DIFERENÇA DE ESTRUTURAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO VELHO E NOVO MUNDO: O ATIVISMO JUDICIAL SERIA MESMO UMA EXPRESSÃO TÍPICAMENTE AMERICANA?

THE INFLUENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S COMPOSITION ON ITS DECISIONS IN EUROPE AND AMERICA: IS JUDICIAL ACTIVISM REALLY A TYPICAL AMERICAN TERM ?

Flávia Martins Affonso

Advogada da União

Mestre no Curso Constituição e Sociedade, pelo IDP

Especialização em Processo Civil, pelo IBDP e pela Universidade do Sul de Santa Catarina

Especialização em "Globalização, Justiça e Segurança Humana", pelo ESMPU

SUMÁRIO: Introdução - da natural tensão entre Jurisdição Constitucional e função legislativa, no Estado Democrático de Direito. 1 Do ativismo judicial. 2 Do paradoxo democrático. 3 Do direito comparado. 4 Da composição dos Tribunais Constitucionais e diferenças entre os sistemas jurídicos, brasileiro e italiano. 5 Das sentenças aditivas. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho buscará desenvolver, sob o enfoque comparativo entre Brasil e Itália, e tomando por base o paradoxo democrático, como os Tribunais Constitucionais vêm, por meio da hermenêutica constitucional, dando efetividade às normas constitucionais, e que influência tem a sua estrutura e composição nas escolhas, e dos reflexos no equilíbrio dos poderes, tendo-se, contudo, por referencial, a incapacidade do Direito, em sua pretensão de ciência, de sua separação com o ambiente social.

PALAVRAS-CHAVES: Tribunais Constitucionais. Composição. Hermenêutica Constitucional. Equilíbrio entre os Poderes. Ativismo Judicial. Paradoxo democrático.

ABSTRACT: This paper aims to address, through a comparative analysis between the brazilian and the italian judicial systems, how the Constitutional Courts have been making constitutional rules and principles effective and what kind of influence their structure and composition have on such decisions. Besides, it deals with the repercussion caused by such choices on the balance of powers, having in mind that Law and social reality have never been separated.

KEYWORDS: Constitutional Courts. Structure. Constitutional hermeneutics. Separation of powers and “checks and balances”. Judicial activism. The Democratic Paradox.

INTRODUÇÃO - DA NATURAL TENSÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO LEGISLATIVA, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Jurisdição Constitucional, no Estado Democrático de Direito, traz uma implícita e natural tensão com a sua função legislativa, pela simples razão dessa ser fruto da vontade geral, majoritária, e aquela com o papel de colocar freios nessa mesma vontade geral, em defesa dos direitos das minorias. Isso porque vem ser característica do constitucionalismo o fato de que, no mesmo tempo que a Constituição surge como instrumento para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo para conter o poder das majorias.

A assertiva tem por explicação, conforme própria lição de Ronald Dworkin, em sua obra *Império do Direito*¹, que sendo eleitos, os legisladores precisam do apoio da maioria para ser reeleitos, sendo natural a tendência de tomarem partido dessa quando de discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária. Por consequência, estão menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades menos vulneráveis, conforme esse fundamento, como os Ministros da Suprema Corte.

Também fato importante que a evolução da Teoria do Estado, adotada pelo modelo capitalista, forçada tanto pelo surgimento do comunismo, nos inícios do século XX, assim como reflexo dos abalos provocados pela Segunda Guerra Mundial, implicou no surgimento da politização da Constituição, que avançou em sua dimensão social, deixando se preocupar apenas com a formação da unidade política e organização do Estado, e na limitação do poder estatal, ao assegurar os direitos fundamentais.

Os Tribunais Constitucionais na Europa responsáveis pela realização do controle de constitucionalidade deixam de fazer parte *stricto sensu* da cúpula do Poder Judiciário, seja por não pertencerem efetivamente a essa estrutura, seja por, apesar de lá pertencerem, trazerem consigo, em sua estruturação, a efetiva participação do Poder Legislativo na escolha de seus Ministros.

Entretanto, o Brasil, optando por permanecer com o modelo de *judicial review* norte-americano, rejeitou a fórmula dos Tribunais Constitucionais da Europa Ocidental, adotando o modelo dos membros da Suprema Corte atuarem como juízes, por meio do controle de constitucionalidade exercido de maneira concreta, sem, porém, a importação do instituto do *writ of certiorari*, e apesar de também aqui

1 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

existir o modelo do controle abstrato de origem austríaca, introduzido pela Emenda nº 16, de 1965, à Constituição Federal de 1946.

A politização do papel das Cortes Superiores vem sendo um modelo imposto pelo fenômeno da força normativa das Constituições, conquistada nos últimos anos, deixando as normas constitucionais de serem percebidas como integrantes de um documento político, como mera convocação à atuação do Legislativo e Executivo, e passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata, por juízes e tribunais, convertendo-se os direitos constitucionais, em geral, e os direitos sociais, em particular, em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

Nesse sentido, vem ser a lição do jurista Lenio Luiz Streck, em sua obra *Verdade e Consenso*²:

Parece inexorável- aliás, isso não deveria causar nenhuma surpresa- que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: *de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por majorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.*

Assim, sem entrar em análise valorativa, verificamos que o que vem ocorrendo vem ser um deslocamento de tensão dos demais poderes em relação ao Judiciário, o que se acentua em países de modernidade tardia, como o Brasil, ao deixar de efetivar direitos como saúde, educação e propriedade.

Dessa forma, diante do deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional) pela impossibilidade de o legislativo antever todas as hipóteses de aplicação, na medida em que aumentam as demandas por direitos sociais e que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), o direito acaba por assumir um caráter político.

Todavia, deve existir o cuidado para que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito não seja confundido com posturas, em

² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

verdade, arbitrárias e assentadas em axiologismos antidemocráticos, dando por demais liberdade ao julgador, a ponto de prevalecer o seu subjetivismo.

Com a finalidade ilustrativa, por não ser objeto de discussão do presente artigo, interessante lembrar que, como forma de limitar eventuais discricionariedades, os procedimentalistas, tais como Habermas, Luhmann, ao contrário das teorias materiais-substanciais, que colocam ênfase na regra contramajoritária, de freios às vontades de maiorias eventuais, entendem que esse pensamento vem enfraquecer a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Habermas, por exemplo, não admite discricionariedades, vindo apostar na razão comunicativa, em substituição à razão prática, do sujeito solipsista, buscando a aceitabilidade social pela pluralização dos discursos³.

1 DO ATIVISMO JUDICIAL

A expressão ativismo judicial foi utilizada, pela primeira vez, de forma atécnica, por um professor de História norte-americano, Arthur Schlesinger Jr., na revista *Fortune Magazine*, e, 1947, em artigo denominado “The Supreme Court: 1947”, ao criticar a postura da Suprema Corte de inovação e contrariedade às leis do Parlamento.

Essa expressão, surgida de forma vulgar, acabou sendo incorporada pela doutrina, classificando o professor de ciência política Bradley Canon uma decisão como ativista em observância das seguintes dimensões:

- (i) majoritarismo (o grau pelo qual políticas adotadas através de processos democráticos são judicialmente negadas);
- (ii) estabilidade interpretativa (o grau pelo qual recentes decisões das Cortes, doutrinas ou interpretações são alteradas);
- (iii) fidelidade interpretativa (o grau pelo qual provisões constitucionais são interpretadas contrariamente à clara intenção dos seus elaboradores ou à clara implicação da linguagem usada);
- (iv) processo político democrático (o grau pelo qual decisões judiciais fazem políticas substantivas mais do que afetam a preservação do processo político democrático);

³ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

(v) especificidade da política (o grau pelo qual uma decisão judicial estabelece a política ela mesma em oposição à discricção permitida de outras agências ou indivíduos);

(vi) viabilidade de um processo político alternativo (o grau pelo qual uma decisão judicial ultrapassa sérias considerações do mesmo problema por outras agências governamentais)⁴.

É preciso cuidar, porém, para que o ativismo não seja rompimento, mas mera mutação constitucional, quando não há alteração do texto normativo, mas da norma. Isso porque, em caso de rompimento, estaríamos admitindo fissuras na ordem constitucional, e, por fim, no próprio Estado Democrático do Direito.

Também o conceito de ativismo não deve ser confundido com uma postura necessariamente progressiva de preservação dos direitos sociais, pois o caso típico de ativismo judicial, nos Estados Unidos da América, foi feito às avessas, quando a Suprema Corte estadunidense, em relação ao New Deal, barrava as medidas intervencionistas no governo Roosevelt. Nesse sentido, os casos *Chester Poultry v. United States (1935)*⁵ e *Carter v. Carter Coal Company (1936)*⁶.

Na obra do jurista Christopher Wolfe, “A interpretação constitucional”⁷, onde analisa a evolução jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, vem apontar que, nos Estados Unidos, apesar de os legisladores, ao contrário dos juízes, serem livres para negar a propriedade das leis que são constitucionalmente duvidosas ou incertas, não costumam prestar muita atenção na constitucionalidade das leis, o que pode ser explicado porque, durante uma boa época, identificou-se a resolução dos problemas constitucionais quase exclusivamente com a

4 CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism. Judicature*. v. 66, number 6. December-January, 1983.

5 *Chester Poultry v. United States (1935)*. Lei de Recuperação Industrial Nacional de 1933, objetivando resolver as situações da depressão por meio de acordos de escala nacional, que regulavam salários, horários, preços, práticas comerciais e eram apresentados pelas associações comerciais e postos em prática pelo presidente mediante ordens executiva. Considerada inconstitucional pelo Tribunal. O Tribunal se utilizou da prova direta-indireta e argumentou que o poder federal não poderia pressionar ao ponto de destruir a distinção entre o comércio interestadual e intraestatal. Tampouco poderia ser utilizado os casos da “corrente de comércio” para justificar a regulação, já que essa corrente termina quando o comércio vem se misturar com o comércio interior do Estado.

6 *Carter v. Carter Coal Company (1936)*. Tribunal declarou inconstitucional a Lei sobre a Bituminous Coal Conservation Act, 1935, integrante do National Industry Recovery Act (NIRA), por 5-4. A produção do carbono não se confundia com ato de comércio, não podendo ser objeto de lei federal.

7 WOLFE, Christopher. *La Transformacion de La Interpretacion Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

atuação da Suprema Corte. Assim, acaba por apontar o reflexo negativo do ativismo judicial, no sentido de minimizar a capacidade política do povo, diminuindo o sentido da responsabilidade moral.

Contudo, utilizando a expressão “ativismo” como uma atuação do Judiciário na defesa das minorias democráticas, assim como defesa dos direitos sociais, Roberto Gargarella, em sua obra “As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política”, vem apontar que:⁸

Como vimos, Segundo Rawls, uma sociedade justa precisa de um Estado muito ativista- um Estado cujas instituições fundamentais deveriam contribuir para a primordial tarefa de igualar as pessoas em suas circunstâncias básicas...A teoria de Nozick- perante outras, como a de Rawls- vai requerer um Estado bem menos ambicioso quanto a suas pretensões: um Estado mínimo (como ele denomina) dedicado exclusivamente a proteger as pessoas contra o roubo, a fraude e o uso legítimo da força, e a amparar o cumprimento dos contratos celebrados entre esses indivíduos.

Nesse sentido, quanto ao alcance da expressão, verifica-se a necessidade de uma maior rigidez conceitual, o que muito se explica, conforme já mencionado, o seu surgimento de maneira informal.

2 DO PARADOXO DEMOCRÁTICO

É essencial se perceber que, na Moderna Democracia, estamos lidando com uma nova forma política de sociedade cujas especificidades vêm da articulação entre duas diferentes tradições: de um lado, a tradição liberal do império das leis, a defesa dos direitos humanos e o respeito à liberdade individual; de outro lado, a tradição democrática, cuja ideia inicial é da igualdade, identidade entre governante e governado e a soberania popular.

Assim, e conforme desenvolvido no livro de Chantal Mouffe, “*The Democratic Paradox*”, vem ser vital para a política da democracia entender que a liberal democracia resulta da articulação de duas lógicas que são incompatíveis e não há nenhuma medida em que possam ser corretamente acomodadas, sendo que a tensão entre os dois componentes somente pode ser temporariamente estabilizada por negociações pragmáticas entre as forças políticas que sempre estabelecem a hegemonia de uma delas.

8 GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire; revisão da tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.33.

9 MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2009

Nesse sentido, a não questionada hegemonia do neoliberalismo representaria uma ameaça para as instituições democráticas, simplesmente se esquecendo da tradicional força da esquerda para a igualdade, onde a tensão não deveria levar à negociação, mas à contaminação. A democracia exigiria, primeiramente, uma homogeneidade na substância, não se satisfazendo com conceitos abstratos do liberalismo.

O ativismo judicial não deixa de estar nesse embate, físsura no regime Democrático de Direito que vem demonstrar que o discurso científico, filho do Iluminismo, assim como o Liberalismo, tenta encobrir, em verdade, o choque entre as forças sociais, próprio do regime democrático.

Como aponta Duncan Kennedy, em “A critique of Adjudication (Fin de Siècle)”¹⁰, com base na obra do Marx, a Constituição liberal decorrente da revolução burguesa promoveu um particular tipo de falsa consciência, com a crença de que o exercício universal dos direitos políticos permite uma real participação no processo político de garantia dos direitos privados de propriedade. Contudo, vem expor o autor, que, a Nova Esquerda, ao perceber ter sido um erro sair do processo democrático para investir na luta armada, vem procurando ser a porta voz de uma progressiva reunião de movimentos, que vem emergindo pela paisagem norte-americana, patrocinados por grupos minoritários de pessoas de cor, grupo de trabalhadores, ecologistas, mulheres e homossexuais.

Tal dado não pode deixar de ser também considerado ao estudarmos o ativismo judicial, quando os direitos de grupos minoritários vêm sendo assegurados no Judiciário, apesar do risco de enfraquecimento da Casa Legislativa.

3 DO DIREITO COMPARADO

Não há como deixar de se iniciar uma comparação entre os sistemas sem antes se ter a noção, nos termos da lição de Bruno Latour, na obra “Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica”¹¹, de que nós, ocidentais, com a pretensão de sermos modernos, criamos uma separação fictícia entre o mundo dos homens e das coisas, não só exagerando na universalidade de nossas ciências, ao pretensamente arrancar a fina rede de práticas, instrumentos e instituições que cobria

10 KENNEDY, Duncan. *A critique of Adjudication (Fin de Siècle)*. Harvard: Harvard University Press, 1998.

11 LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Trad. de Carlos Irineu da Costa. – Rio de Janeiro: 34 ed. 1994, p. 118.

o caminho que levava das contingências às necessidades, como também exageramos no tamanho e duração de nossas sociedades.

Desse modo, não há nada que se pretenda ser suficientemente universal, sem que esbarre nas particularidades locais da sociedade, e demonstre que a autonomia científica no campo do direito por muitas vezes revela uma artificialidade que não se sustenta.

Contudo, no que interessa ao direito comparado, partindo por premissa ser impossível separar as ciências sociais, com a sua pretensão de ciência e técnica, ramo das coisas, do ramo dos homens, das convenções da sociedade, qualquer comparação que se faça, ainda no Direito, não foge dessa realidade, uma vez que a universalidade científica que se pretende propagandear por muitas vezes se apresenta limitada diante das particularidades regionais.

No que diz respeito ao presente estudo, não seria diferente. Verifica-se na Itália, como característica forte de seu Direito, uma grande influência, inclusive diante da proximidade do Vaticano, da religião Católica. Assim, ainda que seus países vizinhos tenham legislação prevendo o casamento de pessoas de mesmo sexo, por exemplo, o tema representa um tabu, nesse Estado, nem mesmo chegando a ser discutido doutrinariamente, e muito menos judicializado, sendo tratado, no máximo, em livros de Sociologia. Por outro lado, enquanto o Brasil, como país em desenvolvimento, apesar de inexistência de previsão legal, e em uma decisão discutível do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo, decisão chamada de ativista, na defesa das minorias, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Também, percebe-se que o direito brasileiro, apesar de ter a sua base no ramo da Civil Law, recebeu fortes influências, em seu Direito Constitucional, dos Estados Unidos, país de Common Law, tendo adotado inclusive o sistema de controle concentrado, do *judicial review*, ao contrário das Cortes Constitucionais Europeias, o que não impediu, posteriormente, de incorporar o controle abstrato. Também se influenciou o Brasil pelo Presidencialismo norte-americano, dentre outras coisas, o que pode ter como causa tanto a proximidade territorial, mesmo Continente, como o fato de terem sido ex-colônias, ou mesmo pela força ideológica que teve a independência das 13 Colônias.

Assim, cuidando o Direito de regular a sociedade, por maior pretensão que a ciência tenha de se distanciar dos homens, e que o Direito tenha de ser reconhecido com uma ciência social, não há como se olvidar das influências sociológicas na sua formação, cedendo as pretensões universalistas às particularidades regionais.

Ademais, qualquer análise do ativismo judicial deverá se ater às particularidades do Brasil como um país ainda em desenvolvimento, com várias promessas constitucionais não cumpridas e recém saído de uma ditadura militar, apesar de a Itália também ter passado por um regime autoritário fascista, que vigorou até a segunda guerra mundial.

Contudo, percebe-se, no Brasil, vigente um sistema de governo com grande concentração de poderes nas mãos do (a) Presidente (a) da República, com uma Casa Legislativa mais enfraquecida, que opta, por muitas vezes, em ser inerte, se comparado ao sistema parlamentarista italiano.

Nesse sentido, vem ser o equilíbrio dessas forças de poderes o objeto da hermenêutica constitucional, que se diferencia da hermenêutica jurídica, como já afirma Peter Häberle¹², tendo por objeto de discussões temas que transbordam para critérios políticos, isso porque todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, mesmo aqueles que não são por ela diretamente afetados.

Por consequência, diante dessa relevância política, importante se mostra a estrutura e a composição das Cortes Constitucionais, que terá a última palavra no equilíbrio desses poderes.

4 DA COMPOSIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E DIFERENÇAS ENTRE OS MODELOS AMERICANOS E EUROPEUS

No controle de constitucionalidade, dois modelos atuais se impõem: aquele que confere o poder aos tribunais, ordinários e especial, de análise do caso concreto, de forma difusa, conforme modelo do *judicial review* norte-americano, construído a partir do caso *Marbury v. Madison*¹³, ou a criação de um tribunal especial, a Corte Constitucional, no modelo previsto pela Constituição austríaca de 1920, para efetivar essa função, em um controle concentrado e abstrato da norma.

Esse modelo austríaco, que teve em Hans Kelsen o seu primeiro teórico, após a Segunda Guerra Mundial, restou adotado por várias

12 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

13 Presidente John Adams, depois de perder a reeleição para Thomas Jefferson, resolveu nomear diversos aliados para cargos de juízes de circuito e juízes de paz (os midnight judges). Como o novo governo recusou a cumprir tais atos, um dos nomeados como juiz de paz, William Marbury, impetrou na Suprema Corte um writ of mandamus contra o Secretário de Justiça, James Madison, para que lhe fosse assegurado o cargo. O Presidente da Corte John Marshall, ex-Secretário de Adams, indeferiu o mandamus, usando como justificativa a inconstitucionalidade da lei federal que atribuía a competência da Corte para julgar o writ.

Constituições na Europa: República Federal da Alemanha em 1949; Itália em 1948; França em 1958; Turquia em 1961; Portugal em 1976; Espanha em 1978; Bélgica em 1984; a Iugoslávia em 1963, Hungria em 1984 e Polônia em 1985. Novas Cortes constitucionais, como as da Hungria, Romênia, Eslovênia, Bulgária e Rússia e outras, ainda em formação na Europa central e oriental, vêm seguindo a mesma orientação.

O Brasil veio adotar um sistema misto, sofrendo influências tanto do *judicial review* norte americano como do sistema europeu.

Certo é que Kelsen¹⁴, ao prever a Corte Constitucional, instituída em uma fase do Direito cuja preocupação primordial era a garantia do direito fundamental, ou seja, que exigia uma postura passiva do Estado, estabeleceu sua concepção com a ideia de legislador negativo, diante da ainda não existência de normas programáticas.

Nesse sentido, o modelo austríaco foi concebido sob forte influência da concepção kelseniana do controle concentrado, que criticava o modelo de controle constitucional americano, por afirmar que a constitucionalidade ou não das leis seria matéria de interesse público, que muitas vezes não coincidiria com o interesse dos particulares.

Comparando o modelo europeu com o americano, aponta o jurista Louis Favoreu¹⁵ seis características essenciais: existência de um contencioso constitucional distinto dos outros contenciosos; o monopólio de julgamento desse contencioso, em benefício de apenas uma jurisdição, a Corte ou Tribunal constitucional; a especificidade dessa Corte; as condições decorrentes de suas próprias faculdades; a natureza do contencioso constitucional; as consequências que resultam dos efeitos das decisões ou arestos feitos pelas Cortes ou Tribunais constitucionais. Contudo, aponta como singularidade muito menos sua composição do que a ausência de vinculação ao aparelho jurisdicional ordinário. Isso porque a Corte, no modelo europeu, de uma maneira geral, não integra o edifício jurisdicional, possuindo uma posição bastante particular na ordem jurídica e constitucional.

Entendendo como ponto sensível, por sua vez, a forma de indicação dos Ministros que compõem o Tribunal Constitucional, o Ministro Gilmar Mendes, em aula ministrada no Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público, na data de 27 de setembro de 2012.

Assim, no que diz respeito à forma de investidura dos Ministros, no Brasil, segue o modelo da Suprema Corte norte-americana, com a sua indicação pelo Presidente da República, e posterior sabatina do

14 KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

15 FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. 2. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

Senado, com a confirmação ou não do escolhido, nos termos do art. 101 da Constituição¹⁶.

Também fato é que a Sabatina pelo Senado, nos Estados Unidos, vem ter uma importância muito maior do que no Brasil, com sua participação muito mais efetiva. Assim, de acordo com dados do “Senate Judiciary Committee”, leva-se de um mês e meio a dois meses para um nomeado alcançar toda a votação no Senado, sendo que desde o ano de criação da Suprema Corte, em 1789, um total de 28 de 158 nomeações foram rejeitadas, conforme o departamento de História do Senado.¹⁷

Nesse sentido, o controle da nomeação do Ministro da Suprema Corte norte-americana não vem ser efetivamente utilizado no Brasil, onde não existe uma real sabatina pelo Senado.

Por sua vez, em Portugal e Alemanha, a escolha não cabe ao chefe do Executivo, mas a uma maioria de 2/3 do Legislativo.

Já, na Itália, nos termos do art. 135 de sua Constituição, a Corte Constitucional é composta por quinze juízes nomeados um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento em sessão comum e um terço pelas supremas magistraturas, ordinária e administrativa. Os juízes da Corte Constitucional são escolhidos entre os magistrados, mesmo aposentados, das jurisdições superiores, ordinária e administrativa, os professores titulares universitários de matérias jurídicas e os advogados com mais de vinte anos de exercício. Os juízes da Corte Constitucional são nomeados por nove anos, contados a iniciar desde o dia do juramento, e não podem ser nomeados uma segunda vez.

Verifica-se também que, no Estado Italiano, conforme modelo europeu, a Corte Constitucional está prevista em título diferente da Magistratura, como não pertencente a nenhum dos poderes do Estado, mas no das “Garantias Constitucionais”, tendo por função, nos termos do art. 134 da Constituição, julgar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões; os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre uma e outra região; e as acusações movidas contra o Presidente da República e os Ministros, segundo a Constituição.¹⁸

16 Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

17 Dados extraídos do site: <<http://usgovinfo.about.com/od/supremecourtjustices/a/scotusconfirm.htm>>.

18 Existe ademais, a título ilustrativo, um outro mecanismo de investidura, buscando a legitimação da Suprema Corte, que vem ser a aprovação da população. No Japão, apesar de a escolha caber ao Primeiro-

O mesmo ocorre em Portugal, em que o Tribunal Constitucional se encontra em Título próprio, Título VI, fora do Título específico dos Tribunais, Título V, e nos termos do art. 222º, é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes, sabendo-se que o mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável.

Já no Brasil, o STF acumula as funções de Corte Constitucional e ordinária, sendo órgão do Poder Judiciário, por previsão constitucional, não só por estar dentro do Capítulo III, como por expressa previsão do art. 92, inciso I¹⁹, que estabelece quais seriam os seus órgãos, seguindo o modelo norte-americano.

Assim, enquanto no modelo europeu, a Corte Constitucional, em regra, vem ser uma jurisdição situada fora do aparelho jurisdicional ordinário, criada exclusivamente para conhecer do contencioso constitucional, ficando com uma função generalista, no Brasil, o STF vem ser órgão do Poder Judiciário. Ademais, lá, o legislativo atua diretamente na sua composição, enquanto aqui cabe a Sabatina, em um movimento muito mais formal do que efetivo.

Todavia, não existem estudos que permitam graduar o grau de influência desses fatores: forma de composição e investidura, ou mesmo desvinculação do Poder Judiciário, das Cortes Constitucionais. Contudo, vem ser dado de realidade que a discussão acerca dos limites de atuação das Cortes Supremas e a legitimidade de suas decisões está muito mais acentuado, na América, do que da Europa, ainda que lá haja as sentenças aditivas, como melhor abaixo explicado.

Por exemplo, em Portugal, quanto ao exemplo já dado acima sobre o casamento homoafetivo, a Suprema Corte entendeu, primeiramente, quando da inexistência de lei, no Acórdão n.º 359/2009²⁰, que a matéria caberia ao Legislador, não obrigando a Constituição à consagração legal do casamento. Posteriormente a decisão, houve a elaboração de lei para

Ministro, a permanência dos juízes da Suprema Corte depende de aprovação em referendo popular, realizado logo após a sua nomeação e novamente a cada dez anos. Na Argentina, por sua vez, desde 2003, e por ordem de decreto presidencial, o Poder Executivo publica a lista dos candidatos considerados para o posto e a população tem um prazo para manifestar-se.

19 “CAPÍTULO III
DO PODER JUDICIÁRIO
Seção I
DISPOSIÇÕES GERAIS
Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
I - o Supremo Tribunal Federal;”

20 Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

permiti-lo, com a votação da Corte Constitucional já no sentido de sua constitucionalidade (Acórdão nº 121/2010).

Não se sabe se as Cortes Constitucionais assim atuam em razão dos Parlamentos nos Estados Europeus serem mais forte, ou mesmo em razão de, na indicação dos Ministros, existir uma participação mais ativa do Parlamento.

Entretanto, fato é que a discussão sobre o ativismo judicial vem ter bem menos importância nesses países europeus, ainda que lá existam sentenças aditivas, e que o Tribunal Constitucional seja politizado.

Evidenciando a legitimação maior do órgão, temos que a Corte Constitucional italiana, por previsão constitucional, teria papel arbitral, dirimindo os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado.

No caso Roby-Berlusconi, por exemplo, a Corte veio declarar admissível o conflito de atribuições entre os poderes do Estado apresentado pela Câmara dos Deputados contra a Procuradoria do Tribunal de Milão, tendo pedido os deputados para a Corte anular todos os julgamentos e investigações. Em abril de 2011, os deputados italianos aprovaram uma declaração de que há um conflito de atribuições entre o Parlamento e o Poder Judiciário no processo contra o primeiro-ministro. Apontaram que a Procuradoria de Milão desrespeitou a resolução votada em 3 de fevereiro pela Câmara, que dizia que o órgão não era competente, por motivos territoriais e político, para realizar as investigações, apontando os deputados que, a juíza de investigações preliminares de Milão, Cristina Di Censo, teria acolhido o pedido de julgamento imediato de Berlusconi.²¹

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem sofrendo críticas, sob o fundamento do ativismo, acerca de decisões de questionável legitimidade, mesmo que na defesa das minorias, abrindo margem para o subjetivismo do julgador que muitas vezes não detém de legitimidade para a criação da norma.

Assim, como o STF não vem ser um Tribunal fora da estrutura do Judiciário, e com efetiva baixa participação do Legislativo na sua composição, vem o Judiciário sofrendo críticas severas no sentido de ser um suprapoder, invasor das competências do Legislativo.

Para compensar esse déficit de legitimidade, no Brasil, o STF vem buscando tanto a realização de audiências públicas como de participação do *amicus curiae*, substituindo a fórmula do juiz Hércules, de Dworkin, pela sociedade aberta dos intérpretes, de Peter Häberle.

A situação atual é que o incômodo provocado pela atitude mais ativa do STF no Poder Legislativo levou que um projeto esteja tramitando no

21 Notícia extraída do site <http://www.radioitaliana.com.br/content/view/6826/39/>.

Congresso Nacional, buscando alterar a forma de escolha dos Ministros que compõem o STF, prevista na Proposta de Emenda Constitucional nº 44/2012, que altera o art. 101 da Constituição Federal, em tramitação no Senado, que, se aprovada, vai abrir espaço para indicação de vários órgãos e não apenas do Presidente da República.

Pela emenda, seria feita uma lista de seis nomes com duas indicações do MPF (Ministério Público Federal), duas indicações do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), uma indicação da Câmara dos Deputados e uma indicação da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil). O presidente da República analisaria a lista e eliminaria três candidatos, enviando assim três nomes para o Senado, que seria responsável por escolher quem seria o novo ministro depois de sabatinar os três indicados. Também, pela PEC, não poderiam estar na lista quem tivesse ocupado mandato nos últimos quatro anos no Congresso Nacional ou nos cargos de Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União ou Ministro de Estado.

5 DAS SENTENÇAS ADITIVAS

A ideia da Corte Constitucional como legislador negativo, modelo proposto por Kelsen no início do século XX, diante do vício de inconstitucionalidade da norma ou ato levar à declaração de nulidade, vem ser adequada a um Estado atrelado à defesa de proteção dos Direitos fundamentais, estando desajustada, porém, a um Estado com finalidade de garantias dos direitos sociais, de normas programáticas.

O direito italiano, desde 1957, como já afirmado, tem contemplado as chamadas sentenças manipulativas, ou intermediárias, procurando superar o modelo dual de constitucionalidade/inconstitucionalidade, quando essa declaração se mostra injusta ou inadequada para solução dos sistemas difíceis ou aos postulados da segurança jurídica, da isonomia e da proporcionalidade. Esse tipo de construção também se deu em outras Cortes Constitucionais, como a portuguesa, espanhola ou alemã.

As sentenças manipulativas, que se originam do Direito Italiano, mais precisamente da sentença nº 24, de 1957 podem assim ser divididas:²²

- a) sentenças normativas, onde o Tribunal empreende a criação de uma norma geral e vinculante, podendo ser aditivas, aditivas de princípios e substitutivas. Na sentença normativa aditiva, há um alargamento da abrangência do texto legal em virtude de

²² NETO, Newton Pereira Ramos. *A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades do uso das sentenças aditivas*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

uma criação de uma regra pela própria decisão; já na sentença normativa aditiva de princípios, o tribunal adiciona um princípio deixando a criação da regra pelo legislador. Por sua vez, pela sentença normativa substitutiva, o tribunal declara a inconstitucionalidade de uma norma na parte em que contém uma prescrição em vez de outra ou profere uma decisão que implica em substituição de uma disciplina contida no preceito constitucional;

- b) sentenças transitivas ou transnacionais, onde nelas há uma espécie de transação com supremacia da Constituição, podendo ser divididas em sem efeito ablativo, com efeito ablativo, apelativas e de aviso. Na sentença transitiva sem efeito ablativo, a declaração de inconstitucionalidade não se faz acompanhar da extirpação da norma do ordenamento jurídico, se houver possibilidade de se criar uma situação jurídica insuportável ou de grave perigoso orçamentário. Na sentença transitiva com efeito ablativo, a decisão que declara a inconstitucionalidade com possibilidade de extirpar a norma ou seus efeitos do ordenamento jurídico, mas efetuando a modulação temporal dos efeitos da decisão. Por sua vez, na sentença transitiva apelativa, declara-se a inconstitucionalidade da norma, mas assentando um apelo ao legislador para que adote providências necessárias destinadas que a situação venha a se adequar, com a mudança de fatos, aos parâmetros constitucionais. Por sua vez, a sentença transitiva de aviso, onde há um prenúncio de uma mudança de orientação jurisprudencial que não será aplicado ao caso em análise.

Em Portugal, as decisões manipulativas ou intermediárias são denominadas de intermédia, sendo gênero do qual decorrem três espécies: modulação temporal da eficácia decisional ou da eficácia do direito objeto do julgamento; decisões interpretativas condicionais (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, de rejeição); decisões com efeitos aditivos, o que tem fundamento no próprio texto constitucional, art. 282, n° 4, da Constituição.

O fundamento para a aceitação da sentença aditiva prende-se, sobretudo, aos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade, bem como imperativos de aproveitamento de atos, com a condução de operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinada não apenas a declarar uma

inconstitucionalidade, mas a consertá-la no tecido normativo por meio de uma decisão aditiva.

Assim, a Corte Constitucional, tanto italiana como portuguesa, vem admitindo o uso da sentença aditiva para reequilibrar situações com base no princípio da igualdade, sancionando silêncios causadores de desigualdades intoleráveis, ou mesmo para eliminar certas onerações, inadmissíveis e desproporcionais, a direitos e garantias fundamentais.

Importante frisar que, pela sentença aditiva, o texto da norma em si irá se manter inalterado, acrescentando, contudo, o órgão jurisdicional, à norma, um componente, um incremento interpretativo, preservando a conciliação com a Constituição Federal. Assim, o Tribunal declara apenas a inconstitucionalidade da parte omissa, adicionando conteúdo suficiente para sanar a falha.

A sentença aditiva, com o propósito de não invadir a competência legislativa, deve apenas preencher os vazios existentes nas normas, não criando, em momento algum, norma jurídica, mas atribuindo à já existente interpretação conforme os preceitos constitucionais.

No Brasil, conforme obra de Carlos Blanco de Moraes, chamada “Justiça Constitucional- Tomo II- O Direito do Contencioso Constitucional”²³, desde 2004 começaram a surgir na ordem jurídica brasileira, de forma mais evidente, decisões judiciais do STF com efeitos aditivos, de criação jurisprudencial, apesar de classificar como de aparição tímida e cautelosa. Aponta como *leading case* o julgamento do mandado de segurança RMS 22.307/DF, no qual o STF teria reconhecido aos recorrentes o direito a um reajuste salarial, no percentual de 28,86%, que teria sido concedido a uma categoria de funcionários públicos e negado, sem justificação cabal, aos demais funcionários.²⁴

Também veio mencionar o jurista o julgamento da ADI 2.652/DF²⁵, que excluiu da multa por obstrução à justiça, prevista no art. 14 do CPC, todos os advogados que atuavam em juízo, e não só os que se sujeitavam exclusivamente aos estatutos da OAB, passando também à norma a se estender

23 MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional- Tomo II- O Direito do Contencioso Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 323.

24 STF. RMS 22307 ED/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Min. Gilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgamento em 11/03/1988. DJ 26-06-1998, p.8. Ement. Vol. 01916-01, p. 00016.

25 STF. ADI 2652/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgamento em 08/05/2003. DJ 14-11-2003, pp 00012, ement- vol- 02132-13, p. 02491.

aos advogados públicos, em uma sentença aditiva, assim como a ADPF nº 54²⁶, que estendeu a descriminalização do aborto para fetos anencéfalos.

Verifica-se, de forma comparativa, que, os sistemas que acolhem o controle concentrado, ou mesmo o modelo misto com uma componente concentrada, como nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira, seja por alterações legislativas ou por orientações jurisprudenciais, vêm esvaziando paulatinamente alguns dos atributos dogmáticos da nulidade, diante do contexto imposto pelo Estado Social.

6 CONCLUSÃO

Nesse sentido, não há que se falar que a característica dos limites ultrapassados pelo Tribunal Constitucional do papel de mero legislador negativo seja típica do continente americano, ou uma realidade presa aos Estados Unidos da América, onde o processo evolutivo da Constituição ocorre principalmente através das suas mutações interpretativas, contribuindo, para tanto, o fato de a Constituição ser sintética, rígida e elástica²⁷, com a alteração no sentido da compreensão do texto, sem ter que se modificar sua redação.

Primeiramente, norma não é texto, sendo esse um sistema de significantes que atribuímos significados. Não há como se conter a mutação constitucional, uma vez que os valores mudam com a mudança da sociedade, com suas contradições e conflitos.

Assim, o modelo de legislador negativo do Tribunal Constitucional não se presta à necessidade de atribuição de novos significados.

Também, a postura adotada pelos Estados em assegurar os direitos de segunda geração, intimamente ligados ao seu fazer perante o indivíduo no que diz respeito às prestações sociais, como educação, saúde, cultura e trabalho, impulsionou uma atitude mais ativa das Cortes Constitucionais.

E, de não menos importância, influenciando esse ativismo, o fato de que a Jurisdição Constitucional, no Estado Democrático de Direito,

26 ADPF 54 QO/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento em 27/04/2005. DJ e-92. Divulg. 30-08-2007. DJ 31-08-2007, pp 00029. Ement. vol- 02287-01, p.. 00021.

27 A constituição norte-americana é simultaneamente rígida e elástica. Rígida porque a alteração formal de seu texto é complexa e diferenciada do processo legislativo de elaboração de uma lei ordinária; nesse sentido, para alterar o texto ou promover emendas aditivas ou supressivas é necessária a participação dos Estados membros da federação em um processo lento e complexo. Também, sendo um texto sintético, contém mais princípios do que regras, permitindo maiores mudanças interpretativas, do que um texto analítico, com excesso de regras, que travem a mudanças de compreensão dos princípios.

traz uma implícita e natural tensão com a sua função legislativa, pela simples razão dessa ser fruto da vontade geral, majoritária, e aquela com o papel de colocar freios nessa mesma vontade geral, em defesa dos direitos das minorias.

Isso porque vem ser vital para a política da democracia entender que a liberal democracia resulta da articulação de duas lógicas que são incompatíveis, liberdade e igualdade, e não há nenhuma medida em que possam ser corretamente acomodadas, sendo que a tensão entre os dois componentes somente pode ser temporariamente estabilizada por negociações pragmáticas entre as forças políticas que sempre estabelecem a hegemonia de uma delas.

Nesse sentido, o ativismo judicial não deixaria de estar nesse embate, fissura no regime Democrático de Direito que vem demonstrar que o discurso científico, filho do Iluminismo, assim como o Liberalismo, tenta encobrir, em verdade, o choque entre as forças sociais, próprio do regime democrático.

Contudo, apesar desses fatores serem comuns nos Estados Democráticos de Direito, temos diferenças importantes entre os modelos dos Tribunais Constitucionais europeus e americanos.

Enquanto no modelo europeu, a Corte Constitucional, em regra, vem ser uma jurisdição situada fora do aparelho jurisdicional ordinário, criada exclusivamente para conhecer do contencioso constitucional, sendo parte de seus Ministros diretamente indicados pelo Legislativo, no Brasil, acompanhando o modelo da Suprema Corte Americana, o STF vem ser órgão do Poder Judiciário, cumulando funções tanto do contencioso constitucional como ordinária, com seus Ministros sendo indicados pelo Presidente da República, com Sabatina do Senado, com uma cultura de mera ratificação.

Não existem estudos que permitam graduar o grau de influência desses fatores: forma de composição e investidura, ou mesmo desvinculação do Poder Judiciário, das Cortes Constitucionais; contudo, vem ser dado de realidade que a discussão sobre o transbordamento dos limites das Cortes Supremas, e o uso da expressão ativismo, vem ser muito maior na realidade da América, do que da Europa, ainda que haja as sentenças aditivas, nos países desse continente.

Lá, o fundamento para a aceitação da sentença aditiva prende-se, sobretudo, aos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade, bem como imperativos de aproveitamento de atos, com a condução de operações interpretativas e integrativas

da Justiça Constitucional, destinada não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas a consertá-la no tecido normativo por meio de uma decisão aditiva.

Evidenciando, pois, a legitimação maior do órgão, temos que a Corte Constitucional italiana, por previsão constitucional, teria papel arbitral, dirimindo os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado.

Por fim, uma conclusão vem ser indiscutível, o Tribunal Constitucional vem ser órgão essencialmente político, sendo o equilíbrio das forças de poderes o objeto da hermenêutica constitucional, com discussões de temas que transbordam para critérios políticos.

REFERÊNCIAS

CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism. Judicature*. v. 66, number 6. December-January, 1983.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire; revisão da tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

KELSEN, Hans. *O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana*. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LATOURETTE, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Trad. de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional- Tomo II- O Direito do Contencioso Constitucional*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2011.

NETO, Newton Pereira Ramos. *A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades do uso das sentenças aditivas*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLFE, Christopher. *La Transformacion de La Interpretacion Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.



O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – UM ESTUDO DO CASO BOSMAN

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK AND THE COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION – A STUDY ON THE BOSMAN CASE*

*Juliana Garcia Garibaldi
Procuradora da Fazenda Nacional
Especialista em Direito Tributário*

*Gabriel Roberti Gobeth
Procurador da Fazenda Nacional
Especialista em Administração para Profissionais do Esporte*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os precedentes fáticos do caso Bosman; 2 O envio do caso Bosman ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia; 3 O direito ao trabalho e a liberdade de circulação dos trabalhadores na União Europeia; 4 O desfecho do caso Bosman e suas consequências para a Comunidade Europeia; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O principal objeto de estudo do presente artigo é o alcance e a sistemática da proteção aos direitos fundamentais, particularmente ao direito de trabalho e de livre circulação dos trabalhadores, no âmbito da União Europeia. Dá-se especial atenção ao denominado “caso Bosman”, marco jurisprudencial que resultou na proibição de toda e qualquer discriminação por razão de nacionalidade no universo do esporte profissional, entre os trabalhadores nacionais dos Estados-membros da União. Após a apresentação do tema, situa-se a discussão teórica a respeito dos direitos fundamentais, delimitando-a ao caso concreto de estudo. Apontam-se os precedentes fáticos do episódio, descrevendo-se suas circunstâncias e destacando-se as questões jurídicas de relevo. Relata-se então a passagem do caso Bosman dos tribunais nacionais belgas para o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, destacando-se os mecanismos processuais correspondentes. Em breve recorte, esboça-se a evolução do direito fundamental ao trabalho e à livre circulação de trabalhadores no interior do bloco, para, em seguida, tratar-se mais pormenorizadamente do desfecho da causa, e de suas consequências para o ordenamento comunitário. Por fim, lança-se um breve olhar sobre o desenvolvimento histórico do Mercado Comum Europeu no que concerne aos direitos fundamentais de matiz social.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia. Direitos Fundamentais. Liberdade de Trabalho. Esporte Profissional. Futebol. Caso Bosman.

ABSTRACT: The main focus of this article is the reach of, as well as the protection system related to, the right to work and to the freedom of movement for workers within the European Union. Special attention is dedicated to the so called “Bosman case”, a jurisprudential milestone that led to the abolition of any discrimination based on nationality in the universe of professional sports, among workers of the member States. After introducing the case, the article places the speculative debate on the fundamental rights, restricting it to the episode under analysis. It indicates the preceding facts involving Bosman, describes its circumstances and brings into prominence the juridical matter. The passage of the Bosman case from the Belgian courts to the European Court of Justice is then outpointed, focusing on the respective procedural mechanisms. Thereafter, the essay briefly outlines the evolution of the fundamental right to work and freedom of movement for workers inside the Union, following with a detailed description of the case’s conclusion, with its consequences to

the Community law. Lastly, it considers the historical development of the European Common Market in specific regard to the social fundamental rights.

KEYWORDS: European Union. Fundamental Rights. Freedom of Work. Professional Sport. Football. Bosman Case.

INTRODUÇÃO

A questão da proteção aos chamados “direitos fundamentais” costuma receber farta atenção de doutrina e jurisprudência precisamente por abranger normas que desempenham papel central em todo e qualquer sistema jurídico.

Essa preponderância, contudo, não impede o intérprete de tais conceitos jurídicos de limitar o escopo de sua análise – mesmo que à sombra de ideais tão relevantes – às características de um sistema particular e às especificidades de um caso concreto, que habitualmente reveste-se como vetor de profundas transformações no tecido social.

Assim, levando em especial consideração que a configuração dos direitos fundamentais do homem, seja em que ordenamento jurídico se pretenda incluí-los, perpassa uma série infundável de indagações, abrangendo grandes temas da filosofia e até mesmo pontos centrais de lutas políticas passadas e presentes¹, a razão de ser do presente estudo pende mais decididamente para os contornos pragmáticos da aplicação daqueles direitos.

O foco do debate, portanto, transfere-se para a efetividade e concretização dos enunciados fundamentais, delimitando-se um certo conteúdo temático – na hipótese atual, o direito ao trabalho e, mais precisamente, o direito à livre circulação do trabalhador – e selecionando-se o intervalo espacial de interesse, constituído no caso pela União Europeia.

Partindo desse ponto, portanto, é que se pretende levar adiante o estudo de caso, refletindo-se de passagem a respeito do ordenamento jurídico sobre o qual se assenta aquele bloco de integração econômica, e dedicando-se particular atenção ao modo de funcionamento de suas instituições judiciais, sobretudo quando delas o jurisdicionado demanda que estabeleçam os mecanismos de proteção aos seus direitos fundamentais subjetivos, seu raio de ação e conteúdo.

1 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.

Como se verá adiante, o caso Bosman – força motriz da presente reflexão – ilustra apropriadamente o modelo vislumbrado no parágrafo acima, pois representa um marco jurisprudencial cuja influência se irradiou pelos ordenamentos jurídicos de todos os países membros da União Europeia, alterando-os significativamente naquilo em que confrontavam com o conteúdo da decisão final emanada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade.

A denominada sentença Bosman, afinal, transformou de modo decisivo o status jurídico do atleta profissional oriundo dos países membros da União Europeia, alargando consideravelmente o campo de atuação do trabalhador dessa natureza, e expandindo assim o verdadeiro alcance de seu direito fundamental ao trabalho.

E nesse cenário em que se indagou acerca da interpretação e da reafirmação do direito à livre circulação dos trabalhadores, coube o papel de protagonismo ao Tribunal de Justiça. Este, ao ser provocado a solucionar o conflito instaurado pelo futebolista profissional belga Jean-Marc Bosman – movido inicialmente frente ao clube esportivo pelo qual atuava (RC Liège) e posteriormente contra a Federação Belga de Futebol e a entidade máxima de futebol no continente europeu, a Uefa (Union des Associations Européennes de Football) –, interpretou as disposições constantes do Tratado da Comunidade Europeia para fazer prevalecer, em detrimento de eventuais normas internas contrastantes, as diretrizes estabelecidas pela Comunidade acerca da liberdade fundamental de trabalho de seu cidadão.

Como resultado de impacto, caíram por terra as restrições de fronteira anteriormente impostas a atletas profissionais comunitários no âmbito da própria Comunidade, consistentes essencialmente na limitação quantitativa, erigida às entidades esportivas profissionais, de contratação de atletas estrangeiros – assim entendidos até então todos os que não ostentassem a nacionalidade do país de origem de tais clubes esportivos, ainda que fossem naturais de países membros do bloco de integração.

Em poucas palavras, enfim, a sentença proferida pelo Tribunal de Justiça Europeu no caso em debate, valendo-se dos mecanismos de proteção de direitos fundamentais de que o órgão dispunha, modificou o ordenamento interno de todos os países integrantes do bloco àquela época, condicionando os futuros aderentes, é claro, à mesma circunstância. E desse modo, simplesmente fez desaparecer do mapa do esporte europeu qualquer espécie de obstáculo de nacionalidade que se pudesse apresentar aos atletas naturais dos países membros do bloco, dando forma ao ideal de que a União Europeia, também no âmbito do esporte profissional, configura um único mercado de trabalho, profundamente integrado.

É desse episódio jurídico que o presente trabalho irá tratar, cuidando mais detidamente das minúcias do caso Bosman, de seus precedentes e evolução, além de vislumbrar os novos contornos do panorama jurídico instalado após o seu desfecho. No mesmo caminho, pretende-se lançar um breve olhar para os detalhes da atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso sob estudo, seus mecanismos de funcionamento e, principalmente, as formas de acesso do cidadão europeu comunitário, cioso de seus direitos fundamentais, à mais alta instância judicial daquela Comunidade.

1 OS PRECEDENTES FÁTICOS DO CASO BOSMAN

O imbróglio jurídico que ao final resultou no episódio referido neste trabalho, o “caso Bosman”, tem origem em situação vivida pelo belga Jean-Marc Bosman, jogador profissional de futebol, no início da década de 1990.

Na época, Bosman atuava pelo Royal Clube Liègeois (ou RC Liège), cujas cores defendia desde o ano de 1988. Tratava-se de clube integrante da primeira divisão do Campeonato Belga, com o qual o atleta firmara contrato que só expiraria na data de 30 de julho de 1990², recebendo a título de pagamento a quantia mensal de 120.000 BFR (cento e vinte mil francos belgas).

No mês de abril de 1990, ou seja, antes do término do contrato firmado entre as partes, o RC Liège ofereceu ao atleta a oportunidade de renovação do acordo, apresentando contudo sensível redução em sua oferta salarial, que passaria a representar a importância mensal de 30.000 BFR (trinta mil francos belgas).

A proposta era pouco atraente aos interesses do jogador, especialmente porque Bosman recebera, do clube francês AS d'Économie Mixte Sportive de l'Union Sportive du Littoral de Dunkerque (AS Dunkerque), oferta bem mais rentável, que consistiria em remuneração mensal equivalente a 100.000 BFR (cem mil francos belgas), além de um importe substancial – mais 900.000 BFR (novecentos mil francos belgas) – a título de luvas, gratificação bastante comum no meio futebolístico e que se costuma oferecer ao atleta no ato da assinatura do contrato de trabalho, sendo livremente convencionada pelas partes envolvidas.

A proposta do clube francês, portanto, aproximava-se muito dos valores já recebidos rotineiramente pelo atleta em função do contrato que

² SÁ FILHO, Fábio Menezes de. Caso Bosman e suas influências no Direito Desportivo Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 44, jan./jun. 2009.

se estava por encerrar, firmado com seu clube de origem. Era justamente nesse ponto, no entanto, que a estrutura legal em vigência iniciava o “cerco” à liberdade de trabalho do futebolista.

Isto porque, segundo a legislação em voga à época, uma vez que recusasse a oferta de renovação de seu contrato de trabalho nos termos em que formulada pelo clube em que atuava, o atleta passava a ter seu nome incluído em uma lista de transferências³, cuja abrangência era de escopo continental. Nessas circunstâncias, portanto, fixou-se o valor de 11.743.000 BFR (onze milhões, setecentos e quarenta e três mil francos belgas) como quantia a ser paga por qualquer entidade esportiva eventualmente interessada em adquirir os serviços profissionais de Bosman a partir daquele momento.

Na realidade, contudo, não se viu o surgimento de qualquer clube interessado em pagar quantia tão vultosa pela aquisição de Bosman, situação que se tornava ainda mais complexa diante de um fato essencial para a compreensão do caso: as entidades esportivas estrangeiras eventualmente dispostas a contratá-lo deveriam obedecer às regras adotadas por suas respectivas federações nacionais, que limitavam a um certo número a quantidade de futebolistas estrangeiros – quer ostentassem nacionalidade de países membros da Comunidade Europeia ou não – aptos a contratação por suas equipes afiliadas.

Assim, muito embora o contrato inicial entre Jean-Marc Bosman e RC Liège tivesse chegado a termo, e a despeito de haver outra equipe (a francesa AS Dunkerque) interessada em contar com seus préstimos esportivos, pagando-lhe remuneração bastante superior à renovação ofertada pela entidade belga, restavam ao atleta pouquíssimas opções, já que nenhum clube se dispôs a pagar o alto valor estabelecido por seu “passe” – alude-se aqui ao montante arbitrado na lista de transferências continentais, que excedia os 11 milhões de francos belgas.

Na prática, restava a Bosman apenas aceitar a última proposta a ele formulada pelo RC Liège em abril de 1990, mesmo que isto representasse uma profunda redução de seus vencimentos. Porém, insatisfeito com o quadro que se apresentava, o jogador assumiu postura diversa, negando-se à assinatura do novo contrato, conforme possibilidade prevista⁴ na legislação esportiva europeia da época. Como consequência de sua atitude, no entanto, Bosman acabou sendo suspenso pelo clube, circunstância que o impediria de exercer sua profissão por todo o resto da temporada futebolística no continente.

³ SÁ FILHO, op. cit., p. 44.

⁴ Ibid., p. 45.

Estabelecia-se assim, aos olhos do atleta, obstáculo poderoso e arbitrário à sua liberdade de trabalho, de forma que Bosman decidiu ingressar com ação cautelar no âmbito do Poder Judiciário belga, na cidade de Liège, litigando inicialmente apenas contra o RC Liège, em ação à qual foram integradas posteriormente a Federação Belga de Futebol (Union Royale Belge des Sociétés de Football Association, URBSFA), a Uefa e a Fifa. O cerne da discussão residia no impedimento sofrido pelo jogador de futebol profissional no que respeitava à sua liberdade de trabalho, sendo que o pleito principal de Bosman, entre outros, era conseguir que o RC Liège, mediante ordem judicial, ficasse proibido de inibir sua liberdade de contratação⁵.

Tal estado de coisas dava ensejo, portanto, à oportunidade de tratar com abrangência e profundidade de uma situação largamente verificada nos limites comunitários, ao tempo em que inaugurava uma discussão de grande importância para o esporte profissional, centrada em um direito humano social de caráter indivisível, a liberdade de trabalho. Assim, como se verá, não tardaria para que a questão de fundo, que tanto afligia o atleta, chegasse à apreciação do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.

2 O ENVIO DO CASO BOSMAN AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda no ano de 1990, e em análise provisória⁶ da ação cautelar, o juiz de primeira instância competente para o caso decidiu julgar procedente o pleito levado pelo atleta ao Judiciário belga, determinando que o clube RC Liège, assim como a própria Federação Belga de Futebol, se abstivessem de impor qualquer obstáculo a eventuais tentativas de transferência de Bosman a algum outro clube de futebol, ademais de condenar ambas as entidades ao pagamento de uma indenização ao futebolista no montante de 30.000 BFR (trinta mil francos belgas).

Ao apreciar o mérito da mesma ação, ainda em março de 1991, a Corte de Apelação de Liège confirmou a sentença *a quo*, majorando a pena pecuniária para uma quantia a ser paga mensalmente, ordenando ainda que o RC Liège e a Federação Belga liberassem o atleta, de modo que qualquer clube pudesse contratá-lo sem a necessidade de pagamento de eventuais quantias indenizatórias, ou seja, sem que fosse exigido um valor por seu “passe”.

⁵ SÁ FILHO, op. cit., p. 45.

⁶ Ibid., p. 45.

A cautelar referida acabou sendo arquivada. No entanto, durante o seu curso, o atleta Jean-Marc Bosman remeteu ao então Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, com sede em Luxemburgo, uma questão prejudicial⁷, demandando esclarecimentos quanto à interpretação do art. 48º do Tratado de Roma, firmado em 25 de março de 1957. O teor do artigo em questão era o seguinte:

Art. 48º

1. A livre circulação dos trabalhadores deve ficar assegurada, na Comunidade, o mais tardar no termo do período de transição.

2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

3. A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de:

a) Responder a ofertas de emprego efectivamente feitas;

b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-membros;

c) Residir num dos Estados-membros a fim de nele exercer uma actividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais;

d) Permanecer no território de um Estado-membro depois de nele ter exercido uma actividade laboral, nas condições que serão objecto de regulamentos de execução a estabelecer pela Comissão.

4. O disposto no presente artigo não é aplicável aos empregos na Administração Pública.

⁷ Seu equivalente atual, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009), é o art. 45º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Tal possibilidade, de julgamento de matéria a título prejudicial, vinha prevista à época no art. 177º do Tratado de Roma⁸ – tratando-se de disposição encontrada atualmente no art. 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Por esse dispositivo atribuía-se ao Tribunal de Justiça da então Comunidade Europeia basicamente a competência para decidir acerca da interpretação dos Tratados constitutivos do bloco, bem como sobre a validade e interpretação dos atos praticados por suas instituições.

O mesmo artigo 177º dispunha ainda que, suscitando-se questão da natureza acima referida perante os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros da Comunidade, tais órgãos poderiam, acaso considerassem necessária ao julgamento da causa a decisão sobre a questão, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronunciasse. No entanto, tratando-se de questão levantada em processo pendente perante órgão jurisdicional nacional em que já não coubesse mais recurso judicial previsto no direito interno, o envio da questão, pelo órgão aludido ao Tribunal de Justiça, passava a ser obrigatório.

De qualquer forma, durante o processamento da ação cautelar, o Tribunal de primeira instância do Poder Judiciário belga, ao constatar a possibilidade de o atleta estar sofrendo boicote dos clubes que tinham a intenção de contratar seus serviços⁹, decidiu pela admissibilidade da ação principal, movida por Bosman frente ao RC Liège, à Federação Belga de Futebol e à Uefa. E ao final, ainda no bojo do mesmo processo, determinou a inaplicabilidade das normas relativas a transferências – ponto que em essência tratava, como já se viu, da permanência do instituto do “passe” – e das chamadas cláusulas de nacionalidade.

Já o processo principal seguiu seu trâmite, e em sede de recurso¹⁰ a sentença favorável ao atleta foi confirmada, dando-se porém, no âmbito da Corte de Apelações de Liège, não apenas a prolação de decisão

8 “Art. 177º. O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação do presente Tratado;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE;
- c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.”

9 SÁ FILHO, op. cit., p. 46.

10 Ibid., p. 46.

colegiada acolhendo os pleitos do futebolista, mas também o reenvio dos pedidos formulados por Bosman – em formato de perguntas dirigidas – ao próprio Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.

A consulta foi formulada nos termos descritos abaixo¹¹:

Os arts. 48º, 85º e 86º do Tratado de Roma de 25 de Março de 1957 devem ser interpretados no sentido de que proíbem:

a) que um clube de futebol exija e receba o pagamento de um montante em dinheiro pela contratação, por um novo clube empregador, de um dos seus jogadores cujo contrato tenha chegado ao seu termo?

b) que as associações ou federações desportivas nacionais e internacionais prevejam, nas respectivas regulamentações, normas limitativas do acesso dos jogadores estrangeiros cidadãos da Comunidade Europeia às competições que organizam?

Chega-se dessa maneira, portanto, ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, cuja expressa manifestação acerca da questão cogitada acabaria por se revestir de inevitável força peremptória. E provocaria, como resultado final, uma radical modificação da disciplina laboral dos atletas profissionais, transformando também toda a regulamentação relativa às transferências envolvendo os futebolistas no interior do bloco europeu.

Antes de examinar os pormenores da decisão do Tribunal, no entanto, pretende-se circunscrever, ainda que brevemente, a questão atinente aos direitos sociais – entre os quais encontra-se o direito ao trabalho e à livre circulação do trabalhador – no âmbito da União Europeia, cotejando-se a realidade atual e o cenário configurado à época dos fatos do caso Bosman. É o que se verá a seguir.

3 O DIREITO AO TRABALHO E A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DOS TRABALHADORES NA UNIÃO EUROPEIA

Desde os Tratados firmados na origem dos esforços de integração das nações europeias já é possível cogitar de um “direito social comunitário”, muito embora até os dias atuais¹² tenham predominado

11 SÁ FILHO, op. cit., p. 46.

12 COSTA, Carolina Popoff Ferreira da. Análise das fontes do Direito Internacional, do Direito Comunitário e do Direito Social Comunitário. In: BELTRAN, Ari Possidonio (Coord). *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 25.

as normas referentes à harmonização das legislações dos Estados-membros em detrimento de eventuais disposições acerca de aspectos mais substanciais das relações de trabalho. De qualquer forma, a sincronização dos diversos ordenamentos jurídicos resultou, sim, em um particular enfoque às questões relativas à seguridade social do trabalhador migrante, bem como à livre circulação dos trabalhadores da Comunidade Europeia – tema que nos interessa mais especificamente.

Diante de tal panorama, Marco Antonio Corrêa Monteiro¹³, citando Ari Possidonio Beltran, afirma que na base desse sistema de integração há de residir o princípio da igualdade, que “está relacionado com a não discriminação com o nacional, no interior de cada Estado-membro, e é a própria base do ideal da Comunidade”. Significa dizer que, idealmente, por razões de nacionalidade não pode existir, no seio da União Europeia, qualquer espécie de discriminação, seja a pessoa física ou a pessoa jurídica, proibição que se deve estender evidentemente à liberdade de circulação dos trabalhadores.

Assim, ainda que seja legítimo afirmar que nas primeiras décadas da Comunidade Europeia o princípio da igualdade ganhava corpo através de manifestações fragmentadas, estas já tratavam de dedicar especial atenção aos aspectos da nacionalidade, contribuindo para a construção, mesmo que paulatina, de uma doutrina de proteção do direito europeu contra a discriminação.

Nesse sentido, é interessante observar que o Tratado de Roma, em seu art. 7º, já proibia expressamente toda e qualquer discriminação por razão de nacionalidade e, muito embora tal dispositivo apresentasse potencial de irradiação mais reduzido à época da assinatura do Tratado, é possível nele reconhecer a semente da igualdade que se pretendeu estabelecer também entre os trabalhadores de toda a União Europeia.

Aliás, o próprio art. 6º do atual Tratado da União Europeia¹⁴, correspondente atual da assertiva mencionada logo acima, passou no ano 2000 a incluir em seus dizeres o expresso reconhecimento à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, documento que contém uma série de disposições relativas à proteção dos direitos humanos, e

13 MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. Princípios do Direito Comunitário e suas relações com os Direitos Fundamentais. In: BELTRAN, Ari Possidonio (Coord). *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p.34-35.

14 “Artigo 6º TUE: 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. [...]”

especialmente dos direitos fundamentais de segunda geração, de caráter eminentemente social.

Todavia, foi o Tratado de Lisboa, firmado em 2007, que levou ainda mais adiante¹⁵ a rede de proteção social disponível ao cidadão comunitário europeu, incluindo um vasto catálogo de direitos fundamentais entre as próprias normas constitutivas do bloco, uma vez que os Tratados anteriores mais recentes, de Maastricht e de Amsterdã, não traziam um rol de direitos correspondentes, adotando apenas um conjunto de preceitos importantes para o reforço da proteção dos direitos fundamentais – como se viu da referência à Carta de Direitos Fundamentais no preâmbulo (art. 6º) do Tratado da União Europeia.

O período anterior à implementação das mudanças introduzidas pelo Tratado de Lisboa, todavia, era diverso em um ponto importantíssimo, o da invocação direta dos direitos fundamentais a partir dos Tratados constitutivos do bloco – especialmente porque¹⁶ as entidades instituídas por tais Tratados tinham natureza exclusivamente econômica, não se cogitando inicialmente que pudessem se disseminar problemas muito mais relacionados à proteção dos direitos fundamentais.

De fato, pouco a pouco o direito comunitário europeu¹⁷, que se concebera inicialmente com vistas a objetivos essencialmente econômicos, ganhou novos contornos, tornando-se cada vez mais abrangente e preciso no que tange à proteção de direitos. Passou assim a sofrer um processo de transformação que, ao menos aparentemente, se tornou irreversível. E a culminação desse fenômeno foi justamente a assinatura do Tratado de Lisboa.

Desta forma, a despeito de todo esse quadro evolutivo, em que se nota a crescente positivação das normas de caráter social, a Comunidade Europeia ofereceu ao seu cidadão, por período considerável, uma rede protetiva de proporções bastante variável. Ao longo do tempo, entretanto, é evidente que eventuais turbações ou ameaças a direitos fundamentais acabaram sendo levadas à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia. Este órgão, por sua vez, valendo-se dos instrumentos que tinha à disposição, não podia declinar da análise de tais reclamações, que muitas vezes eram provocadas pela prática de atos jurídicos originados da própria Comunidade.

15 SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. Breves anotações sobre a proteção de dados pessoais dos empregados da União Europeia. In: BELTRAN, Ari Possidonio (Coord). *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 185.

16 Ibid., p. 185-186.

17 MONTEIRO, op. cit., p. 40.

Assim, como decorrência dessa dinâmica, a partir dos anos 60¹⁸ a jurisprudência do Tribunal europeu passou a considerar que os direitos fundamentais formavam parte integrante do corpo de princípios gerais do direito comunitário, considerando inclusive que a aplicação de tais direitos como se princípios fossem obedecia à tradição constitucional dos Estados-membros do bloco, apontando também sua difusão – de tais direitos – nos instrumentos internacionais de que os mesmos Estados eram partes signatárias. De tal forma que relevar os direitos fundamentais passava gradualmente a constituir, no entender daquela Corte, uma ação incompatível com os próprios preceitos da Comunidade.

Nesse passo, ao verificar a adoção, por parte dos Estados-membros, de medidas que de alguma maneira impusessem derrogações às quatro liberdades econômicas fundamentais¹⁹, entre as quais está considerada a liberdade de movimento dos trabalhadores, o Tribunal de Justiça desempenhava o papel que lhe cabia, restringindo-as e modulando-as. Com o tempo, sua atuação acabou por consolidar o entendimento de que medidas daquela natureza somente seriam válidas no plano da Comunidade Europeia se respeitassem plenamente os direitos fundamentais.

De qualquer forma, ainda que considerando o cenário delineado nos parágrafos acima, pode-se afirmar que o panorama jurídico efetivo de proteção dos direitos fundamentais para o cidadão europeu era de bastante incerteza²⁰, em virtude do caráter não escrito dos princípios gerais do direito aos quais já se fez alusão, ou em função da indeterminação quanto às noções de seu conteúdo e alcance, que se baseavam apenas e tão-somente no comprometimento oferecido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade.

E justamente no centro desse ambiente de dúvida, já por nós situado no tempo e no espaço, é que se encontrava o personagem principal do objeto do presente estudo, o Sr. Jean-Marc Bosman, impedido de exercer plenamente sua profissão de futebolista pelas circunstâncias de fato e de direito que o circundavam. Os paradigmas com os quais se confrontava, no entanto, estavam prestes a sofrer grande abalo e reviravolta, como decorrência direta da insatisfação do atleta prejudicado, e em razão da contundente atuação do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.

18 SANDEN, op. cit., p. 186.

19 Liberdade de movimento de produtos e mercadorias; liberdade de movimento de serviços; liberdade de movimento de pessoas e trabalhadores; liberdade de movimento de capital.

20 SANDEN, op. cit., p. 186.

4 O DESFECHO DO CASO BOSMAN E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A COMUNIDADE EUROPEIA

Retomando o relato histórico sobre o caso Bosman, partiremos do ponto onde deixamos a narrativa no tópico nº 03. Havíamos chegado à etapa do chamado reenvio prejudicial, instrumento processual que permitiria ao Tribunal de Justiça apreciar as questões centrais do imbróglio.

Assim, recebidas e analisadas as indagações a respeito das matérias pertinentes à interpretação do Tratado de Roma, o Tribunal de Justiça comunitário debruçou-se sobre o caso, e enfim, no ano de 1995, decidiu²¹ pelo reconhecimento de que os dois pontos principais de inconformismo de Bosman, as regras de transferência e as cláusulas de nacionalidade vigorantes naquele período na Europa, constituíam normas que não poderiam ser aplicadas a um atleta da Comunidade Europeia. Afirmou tratar-se de preceitos incompatíveis com o teor do art. 48º do Tratado de Roma, justamente porque impunham afronta à livre circulação dos trabalhadores e à livre concorrência.

Essa decisão, contudo, não vinculou apenas os demandados naquela ação – como já se viu, o clube RC Liège, a Federação Belga de Futebol e a Uefa – mas especialmente o Estado-membro da Bélgica frente à própria Comunidade.

Deste modo, a responsabilidade internacional do estado belga frente à sociedade internacional e, mais precisamente, diante do Poder Judiciário da Comunidade Europeia – cujas decisões passavam a deter cada vez maior autoridade vinculante em relação aos membros da União – é que constituiu o primeiro golpe desferido contra as estruturas legais que regulavam a matéria pendente.

Ademais, o verdadeiro cerne da questão em debate, o princípio fundamental da livre circulação dos trabalhadores²², foi expressamente apreciado pela decisão mencionada, encontrando-se previsto à época, como já vimos, no art. 48º do Tratado de Roma, de 1957 (atualmente, cuida-se do art. 45º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consolidado após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, e de teor praticamente idêntico ao que o antecedeu).

O acórdão então concluído pelo Tribunal de Justiça abordou decisivamente duas questões principais, de notável relevância para a atuação do atleta profissional de futebol – e posteriormente, também para

²¹ SÁ FILHO, op. cit., p. 47.

²² Ibid., p. 48.

profissionais de outras modalidades esportivas – no âmbito da União Europeia. Primeiramente, cuidou do absurdo consistente na obrigação de pagamento de compensação financeira ao clube cedente do atleta, pelo clube adquirente, mesmo na hipótese de o contrato firmado entre clube de origem e desportista já haver se encerrado.

Em segundo lugar, o julgado analisou as denominadas cláusulas de nacionalidade quando impostas entre membros da Comunidade Europeia, cuja função precípua era a de condicionar a migração de esportistas tidos como “estrangeiros”, de um país-membro para outro, delimitando e reduzindo indiretamente o mercado de trabalho dos atletas profissionais. Era praxe, como ainda é em diversas partes do mundo não comunitário, que cada federação nacional, assim como a entidade reguladora do futebol no continente respectivo (no nosso caso, tratamos da Uefa) estabelecesse um limite máximo para a contratação de atletas estrangeiros pelos clubes profissionais – atletas a serem engajados na disputa dos torneios organizados por tais entidades. E essa limitação estendia a condição de estrangeiro, para efeitos futebolísticos, a todos aqueles que não fossem nacionais do país de origem do clube em que atuavam, sem fazer qualquer distinção entre trabalhadores “comunitários” e “extracomunitários”.

Assim, para os efeitos de adequação ao limite de contratação instituído pelas federações e pela Uefa, anteriormente à intervenção do Tribunal de Justiça, um futebolista italiano, por exemplo, era considerado estrangeiro na Holanda, apesar do *status* de ambos os países no seio da Comunidade Europeia.

Essa realidade, ademais de todos os argumentos já levantados no tópico anterior, parecia caminhar em sentido francamente contrário ao desejo de integração do bloco europeu. De fato, desde a fundação da organização internacional da Comunidade Europeia²³, com a assinatura do Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992, o sentimento de unificação continental crescia cada vez mais rapidamente, servindo à ideologia predominante, que favorecia a formação de uma nação única, sem barreiras.

Mas na esfera futebolística, esta definitivamente não era uma certeza consolidada. Ao longo do processo envolvendo o atleta Bosman, por exemplo, a Uefa argumentou²⁴ que as autoridades comunitárias, de modo geral, sempre respeitaram a autonomia da atividade esportiva, área em que seria muito difícil separar os aspectos econômicos daqueles puramente esportivos, destacando que um pronunciamento do Tribunal

²³ SÁ FILHO, op. cit., p. 50.

²⁴ BENTANI, Roberto. *Il rapporto di lavoro del calciatore professionista*. Bologna: Facoltà di Giurisprudenza/ Corso di Laurea in Giurisprudenza, 2004/2005. 149p. (Tese, mestrado em Direito do Trabalho)

de Justiça a respeito do *status* jurídico dos atletas profissionais, e em particular acerca da liberação de transferência de um Estado da União Europeia para outro, fragilizaria toda a organização sobre a qual se assentava o mundo do futebol.

Pretendia aquela entidade, explicitamente²⁵, que na aplicação do art. 48º do Tratado aos futebolistas profissionais, fosse sempre necessário “valer-se de critérios de elasticidade em consideração à especificidade de tal atividade esportiva”.

O Tribunal de Justiça europeu, por sua vez, respondeu²⁶ a tais alegações da Uefa de forma inequívoca, replicando que a Corte, já em casos precedentes, estabelecera que as normas atinentes à livre circulação não representavam óbice a regras ou praxes restritivas cuja motivação não fosse econômica, desde que as restrições propostas se circunscrevessem a seu objeto específico e não pudessem ser invocadas “para excluir toda uma atividade esportiva do âmbito de aplicação do Tratado”.

Por outras palavras, o que se pretendeu esclarecer de forma categórica é que a autonomia do ordenamento esportivo não poderia significar a total impermeabilidade em relação ao ordenamento de modo geral.

No mesmo contexto, a Federação Belga, também neste ponto amparada pelos argumentos da Uefa, alegou em vão²⁷ que o espírito das regras de transferência, nos moldes delineados à época, era o de manter um equilíbrio financeiro e competitivo entre os clubes, e o de apoiar os jovens jogadores. O Tribunal, entretanto, não aceitou a linha de argumentação elaborada, destacando a existência de outros meios para a obtenção dos mesmos objetivos, cuja adoção não impediria a livre circulação dos trabalhadores europeus.

Em suma, as determinações do art. 48º do Tratado de Roma, de 1957 – assim como hoje fazem as do art. 45º do atual Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – ditavam claramente a inviabilidade das normas que impunham limites injustificáveis às transferências dos atletas profissionais entre clubes do mercado esportivo comunitário, e antes mesmo do julgamento do caso Bosman²⁸, o Tribunal de Justiça já se manifestara, em outras ocasiões, quanto à extensão do direito à livre circulação dos trabalhadores dentro da Comunidade Europeia, justamente por estar em jogo um dos princípios fundamentais do bloco.

25 BENTANI, op. cit., p. 90.

26 Ibid., p. 90.

27 SÁ FILHO, op. cit. p. 51.

28 Ibid., p. 51.

Ao que parece, portanto, a questão chegava ao Tribunal no momento oportuno, dado o grau de maturação dos elementos mais importantes para o julgamento da causa. E o acórdão prolatado não deixou qualquer margem para dúvidas, alterando significativamente o panorama do esporte profissional no continente. Nas palavras do autor e cronista esportivo Mario Sconcerti²⁹, em excerto traduzido livremente, o relato ganha contornos mais coloridos:

Em 15 de dezembro nevava em Luxemburgo. Ninguém no Palácio do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia tinha tempo de olhar pela janela. Uma pena, porque o espetáculo era fantástico. Charly Gaul³⁰ dizia sempre que no sul da França os dias bonitos eram aqueles em que o sol brilhava e a noite caía morna. Mas que em Luxemburgo, são aqueles em que o vento sopra a neve, e as florestas de abetos se tornam metade brancas, metade verdes. O 15 de dezembro de 1995 era um desses dias.

A neve se misturava às luzes de Natal da cidade. Tudo apontava para a promessa de uma velha fábula de Andersen. Quando os juízes entraram na grande sala do Tribunal se fez de repente um silêncio irreal. Era um daqueles raros momentos em que as testemunhas compreendiam que a História estava sendo feita. Compreensão de uma vez na vida, quando muito. Aquela manhã em Luxemburgo era ideal.

A Corte leu uma sentença breve, menos de duas páginas. A partir daquele momento, a Europa se tornou uma coisa verdadeiramente real, e o futebol foi transformado completamente [...].

Enfim, o acórdão de 15 de dezembro de 1995, do então Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, deu razão a Bosman, e ao fazê-lo acabou por estabelecer dois princípios cardeais do ordenamento jurídico-esportivo europeu³¹, que relatamos abaixo.

Declarou primeiramente a ilegitimidade dos regulamentos federais que previssem limites à contratação e utilização de um certo número de futebolistas profissionais comunitários – estes, afinal, não poderiam ser considerados “estrangeiros” nos países da Comunidade –,

29 SCONCERTI, Mario. *Storie delle idee del calcio. Uomini, schemi e imprese di un'avventura infinita*. Milão: Baldini Castoldi Dalai editore, 2009, p. 261.

30 Ciclista natural de Luxemburgo, vencedor do Tour de France em 1958, e do Giro d'Italia em 1956 e 1959. Disponível em <http://www.cyclinghalloffame.com/riders/rider_bio.asp?rider_id=10> Acesso em: 16 set. 2012.

31 BENTANI, op. cit., p. 88.

por violação do disposto no art. 48º do Tratado CEE (atual art. 45º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), que afirma o princípio da livre circulação de trabalhadores no interior do bloco. Mais especificamente, o Tribunal determinou que eram “ilegítimas, por violação do art. 48º do Tratado da Comunidade Europeia, todas as normas emanadas de federações esportivas em virtude das quais, nas partidas por elas organizadas, os clubes de futebol pudessem contratar e fazer atuar apenas um número limitado de atletas profissionais cidadãos de outros Estados-membros”.

Além disso, o julgado também considerou ilegítimas as normas de regulamentos federais que previssessem que os clubes possuíam direito à indenização de “preparação” ou “promoção” na ocasião da cessão de um futebolista a outra entidade desportiva, mesmo após o término da relação contratual que ligava o atleta ao próprio clube, por violação do princípio de livre circulação dos trabalhadores no âmbito da Comunidade Europeia, introduzido também pelo art. 48º do Tratado CEE (atual art. 45º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Sob tais argumentos, a Corte determinou, em particular, que eram “ilegítimas, por violação do art. 48º do Tratado CEE, todas as normas emanadas das federações esportivas em virtude das quais um futebolista profissional, cidadão de um Estado-membro, ao término do contrato que o vincula a um clube, somente pudesse se juntar a um outro clube se este houvesse pago à entidade de origem uma indenização de transferência, formação ou promoção”.

O Tribunal de Justiça, estabelecendo nesses termos a abrangência da aplicação do art. 48º do Tratado da Comunidade Europeia, logrou realizar algo que os próprios Estados-membros muitas vezes haviam tentado anteriormente, mas sem sucesso: obteve a submissão das autoridades e entidades esportivas às normas fundamentais, fossem estas integrantes de um ordenamento nacional, fossem constitutivas do próprio bloco europeu.

Sob a perspectiva do pronunciamento do Tribunal de Justiça, portanto, o princípio da livre circulação dos trabalhadores – sobre o qual se funda o próprio dispositivo do julgado Bosman, em harmonia com os princípios da liberdade de circulação de mercadorias, de serviços e de capitais, todos garantidos pelo Tratado – constitui um dos eixos da própria noção de mercado comum, e como tal, “não tolera atenuações ou exceções”³².

Desse modo, aquilo que o Tribunal de Justiça descreveu de forma inequívoca foi a certeza de que, aos seus olhos, o futebolista profissional

³² BENTANI, op. cit. p. 91.

que integra o ordenamento esportivo não pode, simplesmente por ter passado a se situar nesse ambiente de trabalho, sofrer tão graves limitações a um direito fundamental que lhe foi atribuído diretamente pelo Tratado da Comunidade Europeia.

E quando o Tribunal tomou sua decisão, naquele preciso instante, descrito dramaticamente pelo cronista Mario Sconceri, caíram por terra mais algumas sólidas barreiras antes impostas à liberdade dos europeus da Comunidade; e a reboque, o futebol – assim como todo esporte profissional praticado no interior do mesmo bloco econômico – também sofreu profundas transformações.

5 CONCLUSÕES

O posicionamento final do Tribunal de Justiça teve como efeito precípuo³³, tratando-se de decisão prolatada pela via prejudicial prevista no então art. 177º do Tratado da Comunidade Europeia, a declaração quanto à forma como deve ser interpretado o artigo 48º do Tratado (atual art. 45º, como já se anotou), dispositivo que há de ser sempre aplicado efetivamente pelos juízes nacionais de cada um dos Estados-membros do bloco, prevalecendo até mesmo sobre eventuais normas internas que com ele contrastem.

Essa força impositiva e inegavelmente transformadora deriva naturalmente do grau de hierarquia de que se revestem as normas constitutivas e de funcionamento da própria União Europeia. Sob outro ponto de análise, contudo, trata-se de preceitos que se fazem valer principalmente na medida em que o Tribunal de Justiça assume o papel que lhe é reservado no ordenamento comunitário. Mas esse papel, cuja natureza essencial já é amplamente reconhecida, vem ganhando cada vez mais complexidade e importância, ao mesmo tempo em que a União Europeia descobre, para si, novos horizontes, desafios e perspectivas.

De fato, o direito comunitário europeu³⁴, que em sua origem se imaginou como instrumento para a consecução de objetivos econômicos, foi ganhando de forma progressiva um novo perfil, muito mais alinhado com os avanços sociais obtidos nas últimas décadas, e passou a proteger de maneira mais direta os direitos fundamentais. Trata-se, diante de todos os sinais, de um progresso que não admite recuo.

Vê-se, pois, que no curso dessa evolução incontida o Tribunal de Justiça foi dirigindo sua atenção mais e mais – como se vislumbrou

³³ BENTANI, op. cit., p. 92.

³⁴ MONTEIRO, op. cit., p. 40.

no relato acerca do caso Bosman – aos direitos de matiz social, cuja relevância é indiscutível. Entre tais preceitos, escolhemos nesta oportunidade destacar o direito ao trabalho e à liberdade de circulação dos trabalhadores. Mas muitos outros aspectos da vida social do cidadão europeu já foram, e vem sendo, contemplados pela Corte, que se ampara também em uma crescente produção legislativa.

Diante dessa constatação, conclui-se que de formas variadas foram criadas as condições para que as instituições integrantes desse ideal de expansão verificado na Europa nas últimas décadas passassem a atuar diretamente em um ambiente voltado à proteção daqueles direitos sociais. E a cada avanço institucional nesse sentido, a Comunidade Europeia alcança novo patamar. Nas palavras de Marco Antonio Corrêa Monteiro³⁵:

O sistema principiológico comunitário, inicialmente estruturado de forma a atender a objetivos meramente econômicos dos Estados-membros, adaptou-se paulatinamente para que igualmente atendessem às demandas de concretização dos direitos fundamentais. Essa tendência é muito clara, inclusive, com relação aos direitos sociais, vez que o próprio desenvolvimento econômico da comunidade depende, em especial, da tutela efetiva dos direitos dos trabalhadores.

A atuação direta de alguns princípios, como o da igualdade ou o da democracia, faz com que o direito comunitário atenda cada vez mais a interesses de conteúdo não estritamente econômico, podendo-se apontar, em especial no direito comunitário europeu, uma implementação de uma política social comunitária. [...]

Dessa forma, mesmo que se trate, o desenvolvimento social, de consequência predominantemente reflexa do desenvolvimento econômico – objetivo desde sempre primordial do Mercado Comum Europeu – sua importância não é de modo algum desprezível, e as conquistas obtidas nesse âmbito ao longo do tempo acabam, diante do lugar que ocupam na vida dos cidadãos, por se transformar também em prioridade. Mais do que isso, passam a constituir verdadeiro objeto de desejo de entes comunitários de integração, como a União Europeia – gênero e espécie que, ao menos em tese, configuram um projeto daquilo que parecemos pretender como futuro.

35 Ibid., p. 40.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BENTANI, Roberto. *Il rapporto di lavoro del calciatore professionista*. Bologna: Facoltà di Giurisprudenza/Corso di Laurea in Giurisprudenza, 2004/2005. 149p. (Tese, mestrado em Direito do Trabalho).

COSTA, Carolina Popoff Ferreira da. Análise das fontes do Direito Internacional, do Direito Comunitário e do Direito Social Comunitário. In: BELTRAN, Ari Possidonio (Coord). *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. Princípios do Direito Comunitário e suas relações com os Direitos Fundamentais. In: BELTRAN, Ari Possidonio (Coord). *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

PEREZ, Juan de Dios Crespo. El caso Webster: uso del artículo 17 del Reglamento Fifa para la terminación anticipada del contrato. Otro nuevo Bosman? *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, São Paulo, v. 7, n. 13, jan./jun. 2008.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. Caso Bosman e suas influências no Direito Desportivo Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, São Paulo, v. 8, n. 15, janeiro-junho, 2009.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. *Breves anotações sobre a proteção dos dados pessoais dos empregados da União Europeia*. In: BELTRAN, Ari Possidonio (Coord). *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

SCONCERTI, Mario. *Storie delle idee del calcio. Uomini, schemi e imprese di un'avventura infinita*. Milão: Baldini Castoldi Dalai editore, 2009.



LICITAÇÕES, NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS ITALIANO: FOCO NA TUTELA DA CONCORRÊNCIA

*GOVERNMENT PROCUREMENT PROCEDURES IN ITALY: FOCUS ON
COMPETITION PROTECTION*

*Juliano Scherner Rossi
Procurador Federal
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A atividade negocial da administração pública; 2 A Lei Merloni e o foco no controle contábil; 3 O Código de Contratos Públicos e a tutela da concorrência; 4 Os mecanismos de tutela da concorrência no Código dos Contratos Públicos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Regulamentação rígida das licitações, com mínima margem de discricionariedade, e ênfase nas regras do procedimento são a linha ideológica da Lei n. 8.666/93 e da Lei Merloni, antiga lei italiana de licitações. Isso, todavia, leva a ineficiência e ao sobrepreço, em razão de falhas de mercado, como a assimetria de informações, com perdas causadas pela ineficiência superando as perdas pela corrupção. A ênfase na transparência e na tutela da concorrência foram introduzidas na lei italiana a partir das diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (União Europeia). O Código dos Contratos Públicos, ato de transformação das diretivas ao direito doméstico italiano, buscou corrigir parte das distorções da lei anterior. A Lei n. 8.666/93, ao longo de sua vigência, incorporou institutos mais modernos, como o pregão e o sistema de registro de preços, que encontram analogia na lei italiana, mas foi mantida a linha ideológica original. A pesquisa segue o método indutivo, monográfico, com pesquisa documental indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Contrato Administrativo. Tutela da Concorrência. Eficiência. Assimetria de Informação. Corrupção. Código dos Contratos Públicos. Itália.

ABSTRACT: Strict regulations in the procurement procedures, with minimal discretion, and emphasis on the rules of procedure the ideological guideline of the Law n. 8.666/93 and Italian Merloni Act, Brazilian and former Italian laws on government procurement regulations. It leads, however, to inefficiency and overpricing due to market failures such as information asymmetry, with losses caused by inefficiency outweighing the losses by corruption. The emphasis on transparency and protection of competition were introduced into Italian law from the directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (European Union). The Italian Government Contract Code, sought to correct some of the distortions in the Merloni Act. Brazilian law on procurement procedures incorporated more modern institutes, some of them similar to Italy's, but Law n. 8.666/93 still retains the original ideological guideline. This article was written using the inductive approach method, accompanied with monographic procedures and indirect documentary research techniques.

KEYWORDS: Government Procurement. Competition Protection. Efficiency. Information Asymmetry. Corruption. Italy.

INTRODUÇÃO

Na área de contratos públicos, um papel crucial é geralmente atribuído às normas que regem a seleção do contratante privado, especificando o tipo de contrato e sua execução. Em geral, é opinião generalizada que as regras devem ser inspiradas nos princípios de concorrência, como um meio de assegurar eficiência e qualidade e, em última análise, não apenas uma boa escolha, dentre as ofertas, mas a mais vantajosa. O estabelecimento de um quadro normativo comum que satisfaça essa aspiração, todavia, não é tarefa simples, em razão da diversidade de transações, da complexa e difícil especificação antecipada das características de certos produtos, da assimetria de informações, entre outras. Em alguns casos, são necessárias alterações do desenho original depois que o trabalho começou, com o resultado possível de haver uma diferença entre o valor da oferta vencedora, tal como definido no bater do martelo, e o custo real final. Ainda, na presença de contratos incompletos, como parecem ser os de construção de obras públicas, o licitante vencedor pode tentar um comportamento oportunista, visando maximizar seus lucros, por meio da renegociação do contrato.¹

As estratégias adotadas para a seleção da oferta mais vantajosa dependem de vários fatores, especialmente culturais. A Lei de Licitações – Lei n. 8.666/93, ainda que comprometida com a livre concorrência, adotou modelo de rígida regulação, com foco no controle contábil e na imparcialidade, que disciplina minuciosamente o procedimento e limita a discricionariedade do administrador ao mínimo. Na Itália, por sua vez, promulgou-se, mais ou menos na mesma época e sob a influência da “Operação Mãos Limpas”² (ou seja, com igual preocupação de combate à corrupção), a Lei n. 109/94 (Lei Merloni), sobre licitações e contratos administrativos, não coincidentemente com características muito semelhantes à lei brasileira. As leis brasileira e italiana, entretanto,

1 Os exemplos são de GUCCIO, Calogero; PIGNATARO, Giacomo; RIZZO, Ilde. Efficienza delle procedure di appalto dei lavori pubblici: un'analisi empirica del caso italiano. In: *Conferenza Società Italiana di Economia Pubblica*, 19., 2007, Pavia. Anais eletrônicos. Disponível em: <<http://www-3.unipv.it/websiep/wp/200762.pdf>> Acesso em: 23 set. 2012.

2 “Operação Mãos Limpas” designa uma época, no início da década de noventa, caracterizada por uma série de investigações judiciais realizadas, na Itália, em nível nacional contra vários representantes da política, da economia e das instituições italianas. A investigação trouxe à luz um sistema de corrupção, suborno e financiamento ilegal de partidos políticos no nível mais alto das esferas política e financeira do país, conhecido por Tangentopoli (cidade do suborno). Foram envolvidos diversos ministros, deputados, senadores, empresários e quatro ex-primeiros-ministros. Sobre uma análise do período, pela ótica do direito penal, cf. MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

levaram a resultados econômicos indesejáveis, especialmente no que tange à assimetria de informações,³ o risco moral e a seleção adversa.⁴

Por força da harmonização da legislação dos países-membros da União Europeia – EU, A Itália promulgou, em 2006, o Código dos Contratos Públicos (*Codice dei Contratti Pubblici*),⁵ a partir das Diretivas n. 17/2004 e 18/2004, do Conselho Europeu, que traziam padrões internacionais de licitações, incorporando mecanismos concorrenciais mais voltados à eficiência, à tutela da concorrência e à transparência – como o diálogo competitivo – ainda que sem perder de vista o controle do procedimento. O objetivo permanece o mesmo: a escolha mais vantajosa, mas com mudança do enfoque, do controle contábil à tutela da concorrência.

Este artigo busca subsídios, na nova lei italiana de licitações, para um enfoque comparativo com a lei brasileira. Inicialmente, será descrita a atividade negocial da administração pública. Após, parte-se para o estudo da lei italiana e a mudança de paradigma, da Lei Merloni para o Código dos Contratos Públicos e os seus efeitos econômicos e sobre a corrupção. Ao fim, será feita uma rápida comparação dos institutos do Código com a lei brasileira. Utilizar-se-á, para tanto, o método monográfico e técnica de pesquisa documental indireta.

1 A ATIVIDADE NEGOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É usual à administração pública, na execução de seus objetivos, valer-se de bens e serviços fornecidos por terceiros. Quando se refere à atividade negocial do estado, administração pública, está-se a tratar de atos postos sob os institutos do direito civil, especialmente os contratos, típicos ou não, sob o pressuposto de que os entes públicos são dotados de uma capacidade jurídica geral de direito privado.⁶

3 Conforme Fidone, uma informação é assimétrica em todas as situações em que um lado do mercado apenas é informado, enquanto o outro possui uma informação incompleta. Existem, de fato, vários mercados nos quais é muito custoso, quando não impossível, adquirirem-se informações precisas acerca da qualidade dos bens e serviços negociados. (FIDONE, Gianfrancesco. Un'Applicazione di Analisi Economica del Diritto: la Procedura per la Scelta del Concessionario nel c.d. Project Financing. In: Italian Association of Law and Economics – Annual conference, 1., 2005, Siena. Working papers... Disponível em: <<http://www.side-isle.it/wp/05/fidone.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

4 Sobre um estudo econômico empírico, acerca da licitação de obras públicas, cf. Guccio e Pignataro (op cit).

5 A despeito de provavelmente ser mais preciso traduzir-se *contratti pubblici* por contratos administrativos, optou-se pela tradução literal, por encontrar maior similaridade fonética com o original, sem perda substancial de sentido.

6 MONORCHIO, Andrea; MOTTURA, Lorenzo Giorgio. *Compendio di contabilità di stato*. 5 ed. Bari: Cacucci Editore, 2011. p. 374.

A doutrina geralmente faz distinção entre contratos privados da administração e contratos administrativos.⁷ Os contratos privados da administração são os fundados no direito civil, nos quais a administração pública manteria situação de igualdade com o particulares, sem prerrogativas especiais ou posição de supremacia.⁸ Os contratos administrativos, por sua vez, regidos pelo regime jurídico administrativo, caracterizam-se por certas peculiaridades genericamente denominadas *cláusulas exorbitantes* ou *cláusulas de privilégio*, que conferem certas prerrogativas à administração pública, como alteração unilateral e aplicação de sanções, em função de sua posição de supremacia em relação à parte contratante.⁹

A distinção feita na doutrina, por outro lado, não parece ter sido acolhida pela Lei n. 8.666/93, que prevê o regime jurídico administrativo, conforme o objeto do contrato:¹⁰

Art. 1.º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Isso significa dizer que uma enorme gama de relações entre a administração pública e os cidadãos, a aquisição e fornecimento de obras, serviços, compras, alienações e locações, é regida segundo posição de supremacia da primeira.

Segundo Monorchio e Mottura, por outro lado, a autoridade (“autorità”) – e conseqüente imperatividade, a constituição de obrigações independentemente de consentimento do destinatário – não constitui um atributo essencial do operar da administração pública, mas é apenas um dos meios postos à sua disposição, para realização do interesse público. A legislação moderna, ainda segundo eles, orienta-se pela prevalência do direito privado também na execução de determinados encargos da administração pública. A assim denominada *administração consensual*

7 A esse propósito, vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 159-160.

8 Segundo Di Pietro, não deve ser tomada literalmente a igualdade das partes, nos contratos privados da administração, visto que a administração terá sempre algumas exigências formais e materiais peculiares (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1993. p.189).

9 CARVALHO FILHO. op. cit., p. 174-175.

10 Cf. ZIMMER JR., Aloísio. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 485.

(“amministrazione ‘per accordi’”) está em expansão e, sob tal conceito, consiste principalmente a moderna gestão da coisa pública.¹¹

O conceito de administração consensual incorpora formas novas de democracia participativa, pelas quais a administração pública debate com os interessados as questões de interesse comum e resolve-as mediante acordo. Esses novos fatores:

Mudam o foco do Direito Administrativo, que deixa de ser fundado exclusivamente na imperatividade, passando a valorizar o consenso do cidadão e da sociedade com o Estado, ensejando o incremento de mecanismos da democracia participativa (STEWART, 2003; CASSESE, 2004; MOREIRA NETO, 2000; OLIVEIRA, 2008; FREITAS, 2009).¹²

A administração consensual, ainda que não tenha enfoque econômico específico, pode fornecer subsídios que venham ao encontro de algumas aspirações não apenas de transparência como também eficiência nos contratos administrativos.

2 A LEI MERLONI E O FOCO NO CONTROLE CONTÁBIL

A capacidade jurídica geral dos entes estatais não leva à liberdade negocial, tal como no domínio privado. O controle e fiscalização dos atos dos seus agentes e exigências de transparência¹³ impõem normas procedimentais que garantam a regularidade contábil dos contratos. As relações entre as partes contratantes, assim como a seleção das propostas mais vantajosas, nos contratos administrativos, podem envolver conflitos de interesses, tanto entre o contratante privado e o administrador público, como entre este e os cidadãos/contribuintes, a quem ele presta contas. É amplamente aceito que a imposição de regras de comportamento garanta uma solução eficaz para esses relacionamentos, mas isso não significa que haja menor dificuldade em otimizar os valores envolvidos:

la legislazione in materia è caratterizzata dalla difficoltà di trovare un equilibrio tra due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti:

11 Ibid., p. 374.

12 RAMOS, Rafael Vincente. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública Brasileira no Século XXI. In: *Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação*, 4., 2009, Porto Alegre. Anais. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2009. p. 463-468.

13 Nisso, o estado não é muito diferente de pessoas jurídicas de direito privado do tipo institucional, como as sociedades anônimas.

*rigore, trasparenza, imparzialità, da un lato; flessibilità, informalità e celerità delle procedure, dall'altro.*¹⁴

A lei italiana, no que tange às licitações, teve por foco, até recentemente, o controle contábil, com finalidade de combate à corrupção. Os contratos administrativos de fornecimento de bens e serviços, na Itália, foram regidos, até 2006, pela Lei Merloni (*Legge Merloni*),¹⁵ *Legge n. 109 del 11 febbraio 1994 - Legge quadro in materia di lavori pubblici*.¹⁶ Segundo Di Cristina, a Lei Merloni buscou assegurar, na fase de licitação, o respeito aos princípios de imparcialidade e transparência e introduziu restrições severas à discricionariedade do governo para contratação, ficando em segundo lugar, nas necessidades, a abertura do mercado à concorrência europeia.¹⁷ Ainda, segundo ele:

*Vincolare l'amministrazione aggiudicatrice alla scelta di un solo criterio, quello del prezzo più basso, costituiva, nell'ottica della legge Merloni, il viatico per assicurare trasparenza e controllo dell'operato dei pubblici funzionari. La previsione di rigidi meccanismi di aggiudicazione e di compressione della discrezionalità, infatti, era volta a prevenire fenomeni di corruzione ed il legislatore italiano, per molto tempo, ne ha fatto un baluardo in difesa dell'attività vincolata.*¹⁸

A prevenção da corrupção como pretendida na Lei Merloni, por outro lado, acabou determinando efeitos econômicos indesejáveis, possivelmente involuntários, como o fechamento do mercado de contratos públicos e redução da concorrência, a maior demora nos

14 A legislação em questão é caracterizada pela dificuldade de encontrar um equilíbrio entre duas ordens de valores irrenunciáveis, mas parcialmente conflitantes: rigor, transparência, imparcialidade, por um lado; flexibilidade, informalidade e celeridade dos procedimentos, por outro (Clarich e Fiorentino, apud Guccio e Pignataro, op. cit.).

15 A partir de seu autor, Francesco Merloni, Ministro de Obras Públicas (Lavori pubblici) no governo Ciampi (28.04.1993 a 10.05.1994).

16 Os contratos públicos ainda eram regidos pelo Decreto Legislativo n. 358/92 (fornecimento), Decreto Legislativo n. 157/95 (serviços) e Decreto Legislativo n. 158/95 (setores especiais) (Monorchio e Mottura, op. cit., 388-389).

17 DI CRISTINA, Fabio. La corruzione negli appalti pubblici. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, n. 1, p. 177-226, 2012. Disponível em: <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2012/03/Di-Cristina-RTDP.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2012.

18 Vincular a entidade adjudicante para a escolha de um único critério, o da menor preço, era, na visão da Lei Merloni, o último recurso para garantir transparência e controle da burocracia. A criação de mecanismos rígidos de licitação e limitação de discricionariedade era, de fato, destinada a impedir a corrupção e o legislador italiano, por um longo tempo, fez disso um baluarte em defesa da atividade vinculada (ibid).

processos de contratação, insuficientemente flexíveis, a ineficiência geral das regras de contratação de obras públicas,¹⁹ a indução à minimização do esforço e falhas de mercado, resultadas da assimetria de informações, especialmente a seleção adversa e o risco moral (aquela, mais evidente nos contratos de aquisição de bens, este, no de serviços).²⁰

Ainda que aqui não seja objetivo o estudo da antieconomia da Lei Merloni ou da Lei de Licitações brasileira, alguns dos seus efeitos podem ser sentidos sem muito esforço. A limitação da discricionariedade reduz a responsabilidade do administrador público e induz a minimização do esforço. O administrador avesso ao risco tenderá a se interessar pela observância das regras de procedimento, não pelo resultado, com evidentes prejuízos ao bem-estar da sociedade.

Dos problemas referentes à assimetria de informações, interessa mais a este estudo o da seleção adversa, que diz respeito à escolha da oferta mais vantajosa – anteriormente, pois, à adjudicação.²¹ Em um exemplo trivial, mas cotidiano, pode-se observar o problema da seleção adversa na aquisição de canetas, pelo governo. Fornecedores de canetas, sabedores da qualidade de seu produto, tenderão a não oferecer seus produtos de maior qualidade, geralmente mais caros, abaixo de determinado preço, pois lhes é menos vantajoso, especialmente se o preço for regulado pelo mais baixo do mercado. O comprador, a administração pública, por outro lado, não “conhece” a qualidade das canetas que compra, pois não pode fixar critérios subjetivos de qualidade de produto – como, p. ex., a reputação do fabricante – ou é muito dispendioso ou impossível o estabelecimento de critérios objetivos de qualidade (aqui a assimetria de informações). A técnica do melhor preço induz não apenas à seleção de fornecedores de canetas de baixa qualidade, efeito natural da seleção adversa, mas aos de menor qualidade, como efeito da regulação do preço, pelo valor mínimo.

Considerados os resultados antieconômicos da lei, seria de se esperar, ao menos, uma compensação, por meio da redução ou controle dos prejuízos pela corrupção. Não é, todavia, o que parece ocorrer, pelo contrário. A literatura econômica, segundo Di Cristina, sublinha que o

19 Citados por Di Cristina (op. cit).

20 Citados por Guccio e Pignataro (op. cit).

21 O risco moral diz respeito aos problemas “di prevenzione del comportamento opportunistico del contraente privato nell’esecuzione del contratto” (Guccio e Pignataro, op.cit), ou seja, após a adjudicação. Há vários exemplos de possível comportamento oportunista, em contratos públicos, que iriam desde o fornecimento de serviços de limpeza em se emprega pouco empenho até mais comportamentos mais sofisticados, como a tentativa de manipular a revisão de contratos, conforme mencionado na Introdução.

risco de corrupção e colusão aumenta proporcionalmente em relação ao grau de discricionariedade do administrador público. Por outro lado,

Il rischio aumenta esponenzialmente se i criteri di aggiudicazione sono sbilanciati a favore del prezzo più basso o eccessivamente restrittivi nel caso della realizzazione di opere pubbliche (il numero dei concorrenti si ridurrebbe), se il responsabile conosce in anticipo il contenuto delle offerte e consente alle imprese concorrenti di modificarlo, se l'assegnazione di lavori non complementari avviene in lotti unici (package bidding).²²

Bandiera, Prat e Valletti, por sua vez, em interessante estudo do desperdício de dinheiro público, em diversos entes governamentais italianos, entre 2000 e 2005, concluem que o sobrepreço pago, nos contratos de compra de bens padronizados, tem maior componente na ineficiência da administração do que na corrupção (ainda que esta, sozinha, responda por um sobrepreço de até 11%, em relação aos preços de referência). Adicionalmente, que inexistente *trade off*²³ entre ineficiência e corrupção, ou seja, entes com menor desperdício por ineficiência não têm maior desperdício por corrupção.²⁴ Correlação entre a obtenção de ofertas mais vantajosas como consequência da diminuição dos efeitos da assimetria de informações, com incremento da concorrência e da transparência nas relações com os fornecedores também é sugerida por Fidone.²⁵

3 O CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS E A TUTELA DA CONCORRÊNCIA

A fim de recepcionar no ordenamento interno a Diretiva n. 2004/17/CE e Diretiva n. 2004/18/CE, relativas à coordenação dos procedimentos de licitação e contratação nos *setores especiais* e nos *setores*

²² O risco aumenta exponencialmente se os critérios de adjudicação são desequilibrados em favor do menor preço ou demasiado restritivos, no caso de obras públicas (o número de concorrentes seria reduzido), se o gestor conhece com antecedência o conteúdo das propostas e permite que as empresas concorrentes modifiquem-nas, se a contratação de obras não-complementares for realizada em lote único (*package bidding*) (op. cit.).

²³ Trade-off (ou tradeoff) é termo que define uma situação de conflito de escolha caracterizado por uma ação econômica que visa à resolução de um problema, mas acarreta outro, em uma relação de perde-e-ganha. A lógica dos trade-offs pode ser expressa por meio de uma função inversamente correlacionada entre duas variáveis (proporcionalidade inversa).

²⁴ BANDIERA, Oriana; PRAT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment. *American Economic Review*. v. 99, n. 4, set., 2009, p. 1278-1308. Disponível em: <<http://econ.lse.ac.uk/staff/prat/papers/consip.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

²⁵ Op. cit.

tradicionais,²⁶ a Itália promulgou o Código dos Contratos Públicos – CCP (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), em vigor a partir de 1.º de julho de 2006, regulando inteiramente a matéria de contratos administrativos.

Com a integração europeia, segundo Monorchio e Mottura, passou-se de um sistema de soberania fechada (“*sovranità chiusa*”) a um sistema de soberania aberta (“*sovranità aperta*”),²⁷ caracterizada pela supremacia do direito comunitário sobre o direito doméstico dos seus membros.²⁸ No âmbito do ordenamento interno dos membros, a supremacia revela-se especialmente pela autoridade e pela eficácia direta das normas comunitárias. A autoridade, dizendo respeito à certa posição hierárquica, produz efeito de substituição (“*effetto di sostituzione*”) e efeito de oposição (“*effetto di opposizione*”), o primeiro derogando a legislação em sentido contrário, o segundo obstando a aplicação de normas internas que a contrariem.²⁹ A eficácia direta, a criação de direitos e obrigações tendo por fundamento a própria norma comunitária, sem a necessidade de sua internalização, por meio de ato de transformação (eficácia direta em sentido substancial) (“*efficacia diretta in senso sostanziale*”), e consequente invocabilidade em juízo, da norma.³⁰ Nem todas as normas comunitárias, por sua vez, têm intrinsecamente esses atributos, o que exige análise individualizada.

26 São serviços especiais os setores de água, energia, transportes e serviços postais (Diretiva n. 2004/17/CE) e serviços tradicionais empreitada de obras públicas, fornecimento e serviços (Diretiva n. 2004/18/CE).

27 Op. cit. p. 385.

28 No âmbito do ordenamento interno dos membros, a supremacia revela-se especialmente pela autoridade e pela eficácia direta das normas comunitárias. A autoridade dizendo respeito à certa posição hierárquica, produzindo efeito de substituição (“*effetto di sostituzione*”) e efeito de oposição (“*effetto di opposizione*”), o primeiro derogando a legislação em sentido contrário, o segundo obstando a aplicação de normas internas que a contrariem (DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale – ordinamento – tutela giurisdizionale – competenze*. 4 ed. Milano : Giuffrè Editore, 2010. p. 222-223.). A eficácia direta, a criação de direitos e obrigações tendo por fundamento a própria norma comunitária, sem a necessidade de sua internalização, por meio de ato de transformação (eficácia direta em sentido substancial) (“*efficacia diretta in senso sostanziale*”), e consequente invocabilidade em juízo, da norma (ibid., p. 224). Nem todas as normas comunitárias, por sua vez, têm intrinsecamente esses atributos, o que exige análise individualizada.

29 Daniele (op. cit., p. 222-223). Para Jackson, a invocabilidade da norma como consequência da eficácia direta em sentido substancial é efeito das normas supranacionais, como as comunitárias, mas não dos tratados em geral. A invocabilidade diz respeito ao âmbito subjetivo da norma (quem pode invocar: a questão da eficácia vertical e horizontal), mas também depende de questões objetivas, como a precisão da linguagem ou a definição de categorias de pessoas ou de conceitos. Esses fatores, nos tratados em geral, dependem especialmente das questões políticas envolvidas (JACKSON, John. H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*. Washington, 1992, v. 86, n. 2, p. 310-340. p. 317-318).

30 Ibid., p. 224.

A diretiva, espécie que interessa aqui, são normas de caráter individual, cujos destinatários são os próprios estados-membros, vinculando-os “quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais, a competência quanto à forma e aos meios” (art 288, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), de modo que são necessários atos de transformação, para que elas possam operar internamente. Por outro lado, mesmo as diretivas podem ter eficácia direta, conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde que haja mora do estado-membro em produzir os atos de transformação e a norma apresente suficiente precisão (“*sufficiente precisione*”), disciplinando exaustivamente a matéria, e incondicionalidade (“*incondizionatezza*”), não deixando margem à discricionariedade do estado-membro.³¹

O nível de detalhamento das Dir. n. 2004/17/CE e 2004/18/CE sugere que elas teriam feito parte dessa categoria de diretivas com eficácia direta, não fosse a promulgação do CCP, que, em boa parte, repete as disposições das próprias diretivas.

A regulamentação da matéria de contratos administrativos é de grande importância, não apenas no que diz respeito ao controle da despesa pública, mas especialmente à tutela da concorrência e à liberdade do mercado, princípios fundamentais da União Europeia, reafirmados várias vezes nos tratados constitutivos.³² O fato de as Dir. n. 2004/17/CE e 2004/18/CE terem surgido em um ambiente diverso do italiano possivelmente contribuiu para deslocar o foco ideológico, do tratamento da matéria, favorecendo eficiência sobre controle e a correção dos efeitos antieconômicos da Lei Merloni, especialmente os da assimetria de informações. Interessante é perceber que o que se busca em um e em outro sistema é exatamente a mesma coisa, a seleção da oferta mais vantajosa, sob as condições mais equânimes. É menos uma questão de *que* do que de *como*, o estabelecimento de um modelo de governança que melhor equilibre rigor, imparcialidade e eficiência. Segundo Bandiera *el alli*, o fator chave do desperdício por ineficiência parece ser o modelo de governança, “*with Napoleonic public bodies performing worst, US-style local authorities in the middle, and autonomous agencies as the winners*”.³³

31 Cf. Daniele (op. cit., p.235-255); também Monorchio e Mottura (op. cit., p. 385-386).

32 No Tratado da União Europeia: art. 3.º; art. 26; art. 28; art. 32; art.44; art. 56; art. 59; art. 95; art. 96; art. 101; art. 102; art. 104; art. 107; art. 113; art. 116; art. 119; art. 120; art. 127; art. 151; art. 170; art. 173; art. 326; art. 346 e art. 348. No Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: art. 2.º e art. 3.º.

33 Com os entes públicos napoleônicos com pior desempenho, governos locais ao estilo norte-americano, no meio, e agências autônomas como vencedoras (op. cit.). No estudo, foram considerados entes napoleônicos o governo central, seus ministérios e a administração da previdência social; governos locais, a administração

4 OS MECANISMOS DE TUTELA DA CONCORRÊNCIA, NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

As Diretivas n. 2004/17/CE e 2004/18/CE têm como vetor ideológico o livre mercado, inclusive no que se refere aos contratos administrativos:

A concretização da livre circulação de mercadorias em matéria de contratos públicos de fornecimento e a concretização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos públicos de serviços e de contratos de empreitada de obras públicas, no que se refere aos contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público exigem, conjuntamente com a eliminação das restrições, a aplicação de disposições em matéria de coordenação dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiam nas regras que regem essas três liberdades e nos princípios delas resultantes, tais como o princípio da igualdade de tratamento, de que o princípio da não discriminação não é mais do que uma expressão particular, e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência, bem como na concorrência efectiva para a adjudicação dos contratos públicos.³⁴

Esses, de fato, foram reproduzidos, Código dos Contratos Públicos, como princípios específico da fase de licitação, no art. 2.º, § 1.º, do Código: “l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”.³⁵

das regiões, províncias e municípios e agências semiautônomas, as universidades, os centros de saúde e os municípios nas montanhas.

34 Do considerando n. 2. UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2004/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 31 de Março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2012.

35 A contratação também deve respeitar os princípios da livre concorrência, igualdade de tratamento, não-discriminação, da transparência, da proporcionalidade, bem como a publicidade, na forma especificada neste Código. (ITÁLIA. Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/06163dl.htm>>. Acesso em: 28 set. 2012).

Os três princípios são interligados. O princípio da livre concorrência é o que tem escopo e conteúdo mais gerais. Os outros dois constituem, de certo modo, especificação daquele. A livre concorrência é baseada no direito comunitário e, aplicada ao tema dos contratos administrativos, implica a disputa entre os sujeitos interessados pelos contratos. Ela exige que as entidades adjudicantes, na aquisição de obras, serviços e fornecimentos em geral recorram a alguma forma de concurso público.

O princípio da igualdade de tratamento comporta que concorrentes em mesma situação de fato recebam o mesmo tratamento jurídico, segundo a máxima aristotélica: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. A sua aplicação envolve, em geral e exemplificativamente:

- (a) a vedação em preterir um concorrente em favor de outro na admissão ao concurso ou na avaliação das propostas, quando ambos satisfaçam os mesmos requisitos ou formulem uma oferta com características idênticas ou similares; ou
- (b) a obrigação de recompensar, com a atribuição de uma pontuação maior, o competidor cuja proposta é melhor do que a do outro.

O princípio da não-discriminação, por último, diretamente relacionado ao princípio da igualdade, veda a adoção de medidas que favoreçam ou desfavoreçam competidores em razão de certas características pessoais. Em comércio internacional, e no que também se refere a um mercado comum, está relacionado aos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida, que têm por objeto a remoção de discriminações de produtos e serviços, em razão especialmente de sua origem estrangeira. Dos três princípios, é o único com formulação específica que configura uma cláusula legal:

Art. 30 – Concessione di servizi

[...] 6. *Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non e' un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che,*

*per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.*³⁶

O Código, reproduzindo os institutos da Diretiva n. 2004/18/CE, trouxe algumas inovações, como:

- (a) a regulação integral da matéria em um único texto legal orgânico,
- (b) a simplificação de procedimentos,
- (c) a possibilidade de adjudicação conforme a proposta economicamente mais vantajosa (alternativamente ao menor preço),
- (d) novas modalidades de licitação, o diálogo concorrencial (“*dialogo competitivo*”), o acordo-quadro (“*accordo quadro*”) e os sistemas de aquisição dinâmicos (“*sistemi dinamici di acquisizione*”).

Não se fará aqui uma descrição de todas as inovações, mas pode-se avaliar alguns aspectos econômicos das novas modalidades de licitação, especialmente no que tange à concorrência.

O diálogo concorrencial é o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta (art. 3.º, § 39, CCP). O instituto é passível de aplicação nos casos de empreitada particularmente complexa, nas quais a entidade não está objetivamente em condições ou de definir os meios técnicos capazes de satisfazer suas necessidades e objetivos ou de especificar a situação jurídica e financeira de um projeto (art. 58, § 2.º, CCP). Um exemplo útil, considerando o contexto brasileiro, seria a escolha da tecnologia a ser utilizada no Trem de Alta Velocidade – TAV, entre Campinas e o Rio de Janeiro:³⁷ como fazer para escolhê-la?

³⁶ Quando uma entidade adjudicante conferir a entidades que não tenham o seu estatuto jurídico direitos especiais ou exclusivos de exercício de atividades de serviço público, o ato pelo qual tais direitos são conferidos deve prever que a entidade em questão respeite o princípio da não discriminação por motivos de nacionalidade na adjudicação de contratos de fornecimento a terceiros no âmbito dessa atividade.

³⁷ Para maiores informações, cf. <<http://www.antt.gov.br/>>.

Com essa modalidade espera-se que as informações levantadas, aliadas à transparência e concorrência, reduzam-se os riscos do empreendimento.

Acordo-quadro é um acordo entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores econômicos, que tem por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, de quantidades previstas, na aquisição de bens e serviços dotados de serialidade e características executivas padronizadas (art. 3.º, § 13, e art. 59, CCP). O instituto é bastante semelhante ao sistema de registro de preços previsto nos arts. 15 e 16, da Lei n. 8.666/93 brasileira.³⁸ Tem por finalidade o aumento da eficiência da logística das aquisições, reduzindo o custo de administração de estoques.³⁹

Os sistemas de aquisições dinâmicos, por sua vez, consistem em um processo de aquisição inteiramente eletrônico para a compra de bens ou serviços padronizados, de uso corrente, cujas características geralmente disponíveis no mercado satisfazem a entidade adjudicante, limitado no tempo e aberto, ao longo de toda a sua duração, a qualquer operador econômico que satisfaça os critérios de seleção e tenha apresentado uma proposta indicativa (art. 3.º, § 14, art. 60, CCP). O instituto apresenta semelhanças com o pregão eletrônico, previsto na Lei n. 10.520/02. O Objetivo é o de diminuir os custos do procedimento de aquisição, bem como permitir maior participação de concorrentes.

Ainda que o CCP tenha representado avanços, nas compras públicas, Di Cristina, no que tange à corrupção, aponta riscos:

L'introduzione del Codice dei contratti pubblici non ha tuttavia risolto appieno alcuni nodi critici, tra i quali spiccano la permanenza di schemi procedurali eccessivamente rigidi, fonte di costi per i privati se associati ai tradizionali tempi lunghi delle procedure di aggiudicazione nel nostro Paese [Itália], nonché alcuni istituti nati per finalità pro-concorrenziali o per ragioni di rapidità ed efficienza il cui utilizzo pone rilevanti problemi applicativi e determina

38 Regido, ainda, pelo art. 11, da Lei n. 10.520/02, e regulamentado pelos Decs. n. 3.931/01, 4.342/02 e 5.450/05.

39 BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Sistema de Registro de Preços: perguntas e respostas*. Brasília, 2011. p. 8. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/SistemaRegistroPrecos/Arquivos/SistemaRegistroPrecos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

frequenti comportamenti opportunistici da parte dei privati e rischi di corruzione.⁴⁰

5 CONCLUSÃO

A administração consensual incorpora formas novas de democracia participativa, pelas quais a administração pública debate com os interessados as questões de interesse comum. Ainda que não tenha enfoque econômico específico, pode fornecer subsídios que venham ao encontro de algumas aspirações não apenas de transparência como também eficiência nos contratos administrativos.

A capacidade jurídica geral dos entes estatais não levam à liberdade negocial, tal como no domínio privado. O controle e fiscalização dos atos dos seus agentes e exigências de transparência impõem normas procedimentais e comportamentais que garantam a regularidade contábil dos contratos.

A Lei Merloni buscou assegurar o respeito aos princípios de imparcialidade e transparência e introduziu restrições severas à discricionariedade do governo para contratação, ficando em segundo lugar, nas necessidades, a abertura do mercado à concorrência europeia. A prevenção da corrupção como pretendida na Lei Merloni, por outro lado, acabou determinando efeitos econômicos indesejáveis, rigidez e problemas ligados à assimetria de informações, levando à ineficiência do sistema de contratação pública. Os efeitos da ineficiência, por outro lado, acabaram revelando-se mais perniciosos que a própria corrupção que a lei buscava combater.

Os institutos comunitários, nas licitações, ideologicamente mais distantes das razões que restringiram a discricionariedade do administrador público, teriam por efeito um ganho de eficiência, dando maior enfoque à transparência e à tutela da concorrência. O objetivo é o estabelecimento de um modelo de governança que melhor equilibre rigor, imparcialidade e eficiência, fator chave do desperdício de recursos públicos.

40 A introdução do Código dos Contratos Públicos não resolveu totalmente algumas questões críticas, entre as quais a permanência de regimes procedimentais demasiado rígidos, fonte de custos para os indivíduos, se associado com os tradicionais demorados processos de adjudicação na Itália, bem como alguns institutos criados com propósito pró-concorrenciais ou por motivos de rapidez e eficiência, cujo uso levanta sérios problemas de aplicação e determina um comportamento oportunista frequente por parte do setor privado e riscos de corrupção (op. cit., p. 184).

A lei brasileira, em comparação com a lei italiana, tem institutos assemelhados, como o sistema de registro de preços e o pregão, que conferem ao processo maior eficiência e condições mais vantajosas à administração pública.

REFERÊNCIAS

BANDIERA, Oriana; PRAT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment. *American Economic Review*, v. 99, n. 4, set., 2009, p. 1278-1308. Disponível em: <<http://econ.lse.ac.uk/staff/prat/papers/consip.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Sistema de Registro de Preços: perguntas e respostas*. Brasília, 2011. p. 8. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/SistemaRegistroPrecos/Arquivos/SistemaRegistroPrecos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 159-160.

DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale – ordinamento – tutela giurisdizionale – competenze*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 2010.

DI CRISTINA, Fabio. La corruzione negli appalti pubblici. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, n. 1, p. 177-226, 2012. Disponível em: <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2012/03/Di-Cristina-RTDP.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993. p.189.

FIDONE, Gianfrancesco. Un'Applicazione di Analisi Economica del Diritto: la Procedura per la Scelta del Concessionario nel c.d. Project Financing. In: Italian Association of Law and Economics – Annual conference, 1., 2005, Siena. *Working papers*. Disponível em: <<http://www.side-isle.it/wp/05/fidone.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2012.

GUCCIO, Calogero; PIGNATARO, Giacomo; RIZZO, Ilde. Efficienza delle procedure di appalto dei lavori pubblici: un'analisi empirica del caso italiano. In: Conferenza Società Italiana di Economia Pubblica, 19., 2007, Pavia. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <<http://www-3.unipv.it/websiep/wp/200762.pdf>> Acesso em: 23 set. 2012.

ITÁLIA. *Decreto Legislativo* 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/06163dl.htm>>. Acesso em: 28 set. 2012.

JACKSON, John. H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*. Washington, 1992, v. 86, n. 2, p. 310-340. p. 317-318.

MONORCHIO, Andrea; MOTTURA, Lorenzo Giorgio. *Compendio di contabilità di stato*. 5 ed. Bari: Cacucci, 2011. p. 374.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

RAMOS, Rafael Vincente. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública Brasileira no Século XXI. In: *Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação*, 4., 2009, Porto Alegre. Anais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 463-468.

UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2004/18/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 31 de Março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. *Jornal Oficial da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2012.

ZIMMER JR., Aloísio. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 485.

O MERCOSUL E A UNIÃO EUROPEIA: UMA BREVE COMPARAÇÃO

MERCOSUL AND THE EUROPEAN UNION: A BRIEF COMPARISON

*Liliana Saraiva de Oliveira
Procuradora Federal
Mestre em Direito Público (UFPE)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Comparado: Ciência ou Método?; 2 O Mercosul e a União Europeia; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Discorre-se sobre uma breve comparação entre o Mercosul e a União Europeia, com alguns comentários sobre o Direito Comparado e o Direito Comunitário para melhor compreensão do assunto proposto no contexto da Globalização. Comparando-se o MERCOSUL com a União Europeia, pode-se concluir que o primeiro é o projeto de construção de um Mercado Comum, cuja execução encontra-se na fase de União Aduaneira, enquanto que o segundo, representa o projeto de construção de uma União Econômica e Monetária que se encontra na fase de Mercado Comum, com diferenças significativas no seu aspecto organizacional. O cenário do mundo contemporâneo, com a implantação das liberdades típicas do mercado comum, exige dos estados-membros certa delegação estatal à autoridade comunitária, surgindo, pois, a figura da soberania compartilhada ou complementar, como pode ser facilmente identificada no modelo europeu. A realidade é que, há uma expectativa de que os Estados consigam construir uma verdadeira e ideal ordem internacional, de hierarquia indiscutivelmente superior ao conjunto de regras editadas internamente por cada um deles, dentro de seus próprios territórios: o Direito Comunitário.

PALAVRAS-CHAVE: MERCOSUL. União Europeia. Direito Comparado. Direito Comunitário. Globalização.

ABSTRACT: This paper discusses a brief comparison between Mercosul and the European Union, with some comments on the Comparative Law and the Community Law to better understanding of the subject proposed in the context of globalization. Comparing the MERCOSUL with the European Union, it is possible to conclude that the first one is a project of constructing a Common Market, with its implementation being in the phase establishment of common rules for the Ports, whereas the second represents a project of establishing an Economic and Monetary Union that is in the phase of Common Market, with significant differences in its organizational aspects. In the scenery of the contemporary world, with the creation common markets and their freedom, the community authority requests from the state members a certain state representation creating what is called shared or complementary sovereignty which is easily identified in the European model. The truth is that there is an expectation that the States are able to build a

truly and ideal international order of hierarchy that is undoubtedly superior to the group of rules internally published by each one of them within their territories: the Community Law.

KEYWORDS: MERCOSUL. European Union. Comparative Law. Community Law. Globalization.

INTRODUÇÃO

É fato que a globalização tem sido responsável pelas grandes transformações do mundo moderno, não só na seara econômico-financeira, mas, também, no progresso e desenvolvimento dos povos, proporcionando discussões em diversas camadas sociais de assuntos que envolvem interesses comuns, refletindo, assim, no amadurecimento com que os cidadãos de diferentes nacionalidades têm buscado soluções eficientes para questões de natureza ambientais, discriminatórias, pobreza, direitos humanos, etc.

O Mercosul e a União Europeia representam hoje instituições preocupadas em fortalecer seus Estados-Membros no contexto mundial, pois países economicamente fortes presumem um povo mais desenvolvido e com qualidade de vida melhor.

Para Consuleo Sirvent Gutiérrez e Margarita Villanueva Colín “comparar significa confrontar y el resultado consiste en poner de manifiesto coincidencias, afinidades y diferencias.¹ No entanto, num estudo comparado não se pode ficar restrito à análise dessas afinidades e diferenças dos sistemas em questão, devendo-se buscar ao máximo informações, principalmente, no tocante aos motivos que os originaram.

Em linhas gerais, Haroldo Valladão considera que o momento inicial da trajetória histórica do Direito Comparado caracterizou-se com o desfile das leis estrangeiras no cenário jurídico. Em seguida, veio a aproximação sistemática das leis estrangeiras e das leis nacionais, o seu relacionamento, confronto e anotação, período conhecido como de expansão. Daí então, com a evolução dos estudos chegou-se à fase da consolidação, momento em que o Direito foi estudado através do exame da jurisprudência, dos usos e costumes e da doutrina dos diversos povos, deixando de ater-se somente aos textos frios das leis. No entanto, foi no período da internacionalização da ciência jurídica comparativa, através de organismos internacionais próprios, que se conseguiu o merecido

¹ GUTIÉRREZ, Consuleo Sirvent e COLIN, Margarita Villanueva. *Sistemas jurídicos comparados*. Mexico: Oxford University Press / Harla, 1996, p. 4.

reconhecimento da existência de um novo ramo jurídico; o Direito Internacional Comparado.²

Cabe um parêntese para registrar que segundo Cañizares os verdadeiros precursores da ciência comparativista foram Montesquieu e Fuerbarch. Assim como, René David defende que o desenvolvimento do direito comparado como ciência é fenômeno recente no mundo.³

Na verdade, usando os ensinamentos de Paulo Dourado de Gusmão, “o direito comparado representa um esforço do racionalismo para unificar o direito de um mundo dividido. Não é um ramo tradicional da ciência jurídica; não foi cogitado pelos romanos, mestres construtores dos alicerces do direito privado ocidental”.⁴ Pode-se dizer, todavia, que antes de 1900, data que segundo Gutteridge marca a aparição oficial do Direito Comparado, com Azcárate e Meili já faziam estudos de Direito Comparado. Mas, inegavelmente, os estudos etnológicos de Bachofen, Post e Maine, no terreno das organizações jurídico-sociais dos povos primitivos também devem ser considerados como de direito comparado. O que não se pode esquecer é que foi, no entanto, com a obra de Lambert - *La fonction du droit civil comparé* -, aparecida em 1903, portanto, depois do Congresso Internacional de Direito Comparado realizado em Paris (1900), que se iniciou, na França, como nos demais países europeus, uma série de estudos comparativos do direito.⁵

Apesar de a maioria dos autores defenderem, como o faz Cañizares, que o Direito Comparado visa estudar “sistemas jurídicos distintos”, acredita-se que seja possível e mais produtivo, que o comparatista dedique-se a setores do sistema e/ou determinado instituto, no caso em questão: o Mercosul e a União Europeia.

Ressalta-se que as pesquisas comparatistas vêm imprimindo um cunho científico proveitoso e eficiente em todo o Brasil, muito embora seja objeto de estudo somente na pós-graduação. É inquestionável, portanto, o interesse dos juristas deste século no estudo do Direito Comparado em todo o mundo, desde o seu apogeu após a 1ª grande guerra.

A ideia aqui é comparar superficialmente o Mercosul com a União Europeia, segundo suas normas, estruturação e princípios. Fornecendo

2 VALLADÃO, Haroldo. Evolução e Universalidade do Direito Comparado. *Revista Jurídica*, vol. XVI e XVII, 1958-1960/2. Brasília: Órgão da Cultura da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, p.55-56.

3 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 1.

4 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. *Revista de Direito*, Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara, ano VII, n° 17, jan./abr., 1973, p. 15.

5 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado. *Revista de Direito*, Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara, ano VII, n° 17, jan./abr., 1973, p. 15.

elementos para que se possa analisar melhor as novas tendências do mundo globalizado.

1 DIREITO COMPARADO: CIÊNCIA OU MÉTODO?

É necessário entender, preliminarmente, a expressão Direito Comparado, antes mesmo de discutir se ele é um método ou uma ciência. Afinal, muitas são as confusões cometidas no uso correto do que realmente seja o Direito Comparado no cenário jurídico.

Felipe de Solá Cañizares acredita que

“*Derecho Comparado* es la expresión consagrada por el uso, especialmente en los países latinos, en los de lengua inglesa y también en los países escandinavos y eslavos. Y, sin embargo, los autores contemporáneos coinciden en considerar esta expresión inadecuada y prestándose a confusión, porque puede hacer creer que se trata de una rama del derecho que trata de una materia determinada, como es el sentido de las expresiones derecho civil, derecho penal, derecho comercial, etc”.⁶

No mesmo sentido, Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde e Martin Wolff, escrevem que:

“elle implique une comparaison, mais sans en indiquer les termes. On pourrait croire qu’il s’agit de comparer les diverses branches du droit: droit civil, droit commercial, droit maritime, droit administratif, droit pénal, ou bien de comparer le même système de droit à diverses époques de son évolution”.⁷

Ivo Dantas citando autores que preferem substituir a expressão *Direito Comparado* por *Comparação de Direito*, lembra que ALBERTO TRIPICCIÓN, em seu livro de *La Comparazione Giuridica*, estabelece uma verdadeira Teoria do *Direito Comparado*, além de proceder análises dos sistemas soviético e islâmico do Direito. Assim como A. J. VAN DER HELM e V. M. MEYER no livro *Comparer en Droit*; HELM e MEYER; e, H. C. GUTTERIDGE.⁸

6 CAÑIZARES, Felipe de Solá. *Introducción al derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954, p.95.

7 ARMINJON, Pierre et al. *Traité de droit comparé*. Tome I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 10.

8 DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22-23.

Concordando-se, pois, com Cañizares, acredita-se que sendo o Direito Comparado um ramo do conhecimento sobre o ordenamento jurídico, não há por quê questionar a expressão que os alemães chamam de *Rechtsvergleichung*, e que se pode traduzir como “*comparação de direitos*”.⁹ Afinal, ela indica uma comparação de sistemas jurídicos distintos e não um conjunto de regras aplicadas a uma matéria determinada.

Cabe aqui um parêntese, portanto, para justificar ser indevido o uso das expressões Direito Estrangeiro e Legislação Comparada como sinônimas de Direito Comparado. Para tanto, segundo Marc Ancel “o direito comparado está na dependência dos estudos de direito estrangeiro” e “o direito estrangeiro é a matéria-prima do direito comparado”.¹⁰ Deixando claro ser impossível ser comparativista sem ter praticado, inicialmente, o direito estrangeiro. Não basta citar o direito estrangeiro se realmente se quer fazer um estudo comparado sobre determinado tema. As semelhanças e diferenças em sistemas jurídicos distintos são traços indispensáveis quando se está fazendo um estudo de Direito Comparado.

Destacam-se, na mesma linha de raciocínio, os ensinamentos de Ana Lúcia de Lyra Tavares que defende que:

“o estudo de ordenamentos jurídicos alienígenas constitui uma fase preparatória indispensável para a comparação jurídica, mas com ela não se confunde, uma vez que pode limitar-se a meras descrições sobre um ou outro aspecto daqueles ordenamentos ou a eventuais cotejos sistemáticos. Nos casos em que são focalizadas com exclusividade as fontes legislativas, têm-se ensaios de legislação comparada, campo que, de resto, precedeu historicamente o direito comparado”.¹¹

Quanto ao uso da expressão *Legislação Comparada* como sendo sinônima de *Direito Comparado*, é necessário resgatar a identidade de cada um. Afinal, *Direito* é muito mais amplo que *Legislação*, representando esta última, apenas, uma das formas de manifestação do Direito Positivo. Portanto, quando se deseja fazer um estudo comparado tem-se que ir muito além das normas postas, entendendo sua existência no contexto jurídico-normativo e aceitando analisar os ensinamentos doutrinários

9 CAÑIZARES, Felipe de Solá. *Introducción al derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954. p.95-96.

10 ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado: elementos de introdução geral do estudo comparado dos direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980, p. 109-110.

11 TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A utilização do direito comparado pelo legislador. *Revista Contextos*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, ano I, nº 1, março de 1987, p. 1.

sobre o assunto, para que a desenvoltura do cunho científico da pesquisa não seja prejudicada pela limitação ditada no próprio texto da norma.

A propósito, reforçando o exposto, lembra Caio Mário que

O Direito Comparado vê a realidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto e deve ter presente além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica. O direito, ainda nos países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta.¹²

É inegável que o Direito Comparado vem ganhando espaço cada vez maior no cenário jurídico contemporâneo, desde o *Congresso Internacional de Direito Comparado* (Paris/1900). Afinal, com a globalização, o mundo precisa se conhecer para poder desenvolver cada vez mais os intercâmbios econômicos, sociais e políticos entre os Estados. Uma disciplina específica, certamente, seria o ideal para que os resultados desejados venham a fluir mais rapidamente. No entanto, a Doutrina, mais uma vez, não tem um posicionamento pacífico se o Direito Comparado é um método ou uma ciência.

Mauro Cappelletti, ao reconhecer o crescimento do Direito Comparado acima exposto, aponta 4 (quatro) razões que considera explicativas de tal fenômeno e que são aceitas, em geral, por todos os comparativistas, a saber:

Una primera razón se debe al aumento extraordinario de los intercambios económicos, personales, culturales entre las naciones, con el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional; una segunda razón, no desligada de la primera, radica en la naturaleza transnacional (*'transfrontier'*) de fenómenos cada vez más relevantes, los cuales requieren, por tanto, una disciplina jurídica que no sea meramente nacional" [...]; una tercera razón proviene de la tendencia de ciertos valores, particularmente en el campo de los derechos humanos, a afirmarse en el nivel transnacional, cuando no universal; una cuarta razón, por último, resulta de la tendencia a crear organizaciones políticas y económicas multinacionales, como la Comunidad Económica Europea.¹³

12 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano VII - Nova Fase -, out. 1955, p. 38.

13 CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* - (Cuatro estudios de derecho comparado). México: Porrúa S/A, 1993, p. 14-15

Quanto à questão do Direito Comparado ser ciência ou método, Leontin-Jean Constantinesco que tem empregado as duas expressões em seus textos, esclarece que sempre que utiliza o termo *Direito Comparado* este significa indistintamente *método* ou *ciência autônoma*. No entanto, deixa claro que cada vez que pretende se referir ao *Direito Comparado* como método, serve-se da terminologia *método comparativo*. Da mesma forma quando quer falar em disciplina autônoma usa a expressão *Ciência do Direito Comparado*.¹⁴

Evidente, que nem todos os doutrinadores, tais como Edgar Carlos de Amorim e José Guillermo Vallarta Plata, conseguem aceitar que o Direito Comparado tenha qualquer cientificidade, resumindo-se a simples método comparativo. Todavia, mesmo que um grande número de estudiosos entenda que o Direito Comparado é, simplesmente, método – *o método comparativo aplicado às ciências jurídicas* – concordando-se com Ivo Dantas, assim não se pensa.

Fundamentando o Direito Comparado como Ciência, cabe aqui citar Ivo Dantas que justifica que:

à medida em que se compreendam os conceitos de *método* e *ciência*, bem como do que seja *autonomia científica*, não haverá, em sã consciência, como assumir posição diferente, sobretudo, se levarmos em conta os modernos estudos da Epistemologia.¹⁵

A preparação metodológica é fundamental para que se possa alcançar um estudo sério e científico. No entanto, não se precisa reduzir o Direito Comparado a simples *método*, para conseguir algum sucesso na pesquisa, sob pena de acabar ficando restrito a indicar características dos sistemas jurídicos pesquisados. É indiscutível a dificuldade de se conseguir subsídios para um estudo comparado, quando muito se dispõe apenas da legislação dos Estados Estrangeiros. A Doutrina, a Jurisprudência e os Costumes dependem de um esforço muito mais árduo do pesquisador, principalmente, porque não se pode desprezar a diversidade lingüística existente entre os povos. Momento em que, conhecendo a realidade, o pesquisador deve preparar-se inteligentemente para enfrentá-la.

Comparar sistemas jurídicos de Estados distintos não é tarefa fácil. O método é apenas o caminho que deve ser seguido pelo pesquisador para identificar as similitudes e diferenças do tema estudado, levando-

14 CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de derecho comparado*. v. I. Madrid: Tecnos, 1981, p. 26.

15 DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 56.

se em conta seus condicionamentos socioeconômicos, assim como, os antecedentes e as conseqüências do Direito Positivo que está sendo comparado.¹⁶ Logo, um conhecimento histórico dos fatos ocorridos no mundo ajuda bastante na composição das informações gerais a serem captadas.

Carlos Ferreira de Almeida afirma que o direito comparado: dispõe de um objeto (a pluralidade de ordens jurídicas) diferente do objeto das demais disciplinas que estudam o direito e que tem um método específico (o método comparativo).¹⁷ Salienta-se que a expressão pluralidade de ordens jurídicas não restringe-se a legislações e que sem um método específico não se consegue sucesso em pesquisas científicas.

Quanto à autonomia doutrinária e didática do Direito Comparado pode-se recorrer aos estudos dos gregos, que embora sem muita cientificidade, comprovam que desde aquela época já se registravam comparações dos sistemas jurídicos que foram se solidificando ao longo dos anos fazendo com que os cursos jurídicos, sobretudo no Mestrado e no Doutorado, introduzissem a disciplina Direito Comparado em sua grade curricular. Por tudo o exposto e de posse, portanto, de uma metodologia adequada, concluí-se que o Direito Comparado é uma *ciência autônoma*.

O interessante é que à medida que vai se estudando o *Direito Comparado* vai se identificando seus vários objetivos e finalidades. Deixando bem evidente a sua existência como mais um dos ramos do Direito. Para Paolo Biscaretti Di Ruffia esses objetivos ou finalidades podem ser agrupadas em:

- 1)- satisfacción de meras exigencias de orden cultural;
- 2)- interpretación y Valoración de las instituciones juridicas del ordenamiento nacional;
- 3)- notable aportación que la ciencia del derecho constitucional puede proporcionar al campo de la *nomotética*, es decir, en relación con la *politica legislativa*;
- 4)- *la unificación legislativa*.¹⁸

16 CAÑIZARES, Felipe de Solá. *Introducción al derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954, p.19.

17 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994; 2. ed., 1998, p. 27.

18 RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 13-15.

Acrescenta, ainda, Giuseppe de Vergontini, depois de afirmar que “si comparar significa, ante todo, cotejar para manifestar analogias y diferencias”, e antes de indicar as finalidades do Direito Comparado afirma que “es preciso también preguntar cuál es la razón de tal operación logica”.¹⁹

Caio Mário, após escrever defendendo o caráter científico e o sentido de autonomia do Direito Comparado, justifica seu posicionamento afirmando que o Direito Comparado não limita sua atuação apenas à comparação de direitos, mas, em procurar, através da comparação, a obtenção de resultados, de finalidades, e de objetivos que lhe são próprios.²⁰ O investigador precisa saber a hora exata de agir na busca de dados fundamentais para o maior desenvolvimento de sua pesquisa e conseqüente solução dos enigmas que as civilizações antigas ou contemporâneas tenham conseguido resolver.

O campo do Direito Comparado abrange estudos dos sistemas atualmente em vigor entre os diversos povos, compara-os, procurando assinalar as suas aproximações e divergências. Tendo em vista o seu próprio direito, ou o objeto de determinado estudo, perquire a maneira pela qual o mesmo assunto encontra tratamento noutro organismo jurídico, indaga de que maneira o legislador de outro país positivou as normas de seu regime, ou como os tribunais as aplicaram e os cientistas o compreenderam. Tendo em vista os dois sentidos de comparação, e inspirado na sua materialização geométrica, Caio Mário chama ao primeiro de comparação vertical, e ao segundo de comparação horizontal.²¹

Na verdade, no Brasil, só nas últimas décadas se pode registrar o desenvolvimento de estudos de Direito Comparado, com produção doutrinária e caráter institucional. Embora se saiba que na França o Direito Comparado desde 1831 já integrava uma das cadeiras do Collège de France.²² Tendo se consolidado ao longo dos anos e conquistado lugar definitivo nos cursos superiores.

Registra-se que várias associações foram criadas com o fim de estudarem o Direito Comparado (1869) (“Sociedade de Legislação Comparada” de Paris, surgindo a primeira publicação especializada, o “Bolletín de la Sociéte de Législation Comparée”); seminários aconteceram, dentre os quais se destaca o “Congresso Internacional

19 VERGONTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Espasa-Calpe S/A, 1985, p. 75-83.

20 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano VII - Nova Fase -, out. 1955, p. 37.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano VII - Nova Fase -, out. 1955, p. 40.

22 AGOSTINI, Eric. *Droit comparé*. Paris: Presses Universitaire de France, 1988, p. 22.

de Paris” (1900), do qual participaram POLLOCK, EDOUARD LAMBERT e HENRI LEVY-ULLMANN, sendo que em 1950, por iniciativa da UNESCO, foi criado o “Comitê Internacional de Direito Comparado”.²³

Como disciplina regular dos cursos jurídico brasileiros acredita-se que o ponto de partida tenha sido o Decreto nº 7.247 (19.4.1879), que ao reformar o ensino primário e secundário no município da Corte e o superior em todo o Império instituiu a matéria Direito Constitucional, ministrada sob a denominação de Direito Público e Constitucional, sendo lecionada sempre acompanhada da comparação da legislação pátria com a dos povos cultos, conforme previsto no próprio artigo 23, § 5º, do citado Decreto.

Ressalta-se, por fim, resumindo as razões apresentadas por Cappelletti que o Direito Comparado teve lugar e vem conquistando cada vez mais seu espaço no cenário jurídico mundial devido ao fenômeno da *quebra de fronteiras*, com troca de informações acerca de modelos econômicos, políticos e jurídicos, sinteticamente denominada de Globalização.²⁴ Defende-se, pois, que o Direito Comparado hoje é uma realidade a serviço do desenvolvimento dos povos, por isso deveria ter maior reconhecimento e incentivo dos órgãos competentes, no tocante a realização de pesquisas científicas comparatistas nas diversas áreas do conhecimento.

2 O MERCOSUL E A UNIÃO EUROPEIA

Fazer um paralelo entre o Mercosul e a União Europeia é necessário para que se compreenda melhor o processo que o Mercado do Cone Sul ainda deverá passar, assim como identificar pontos positivos e negativos que deverão ser trabalhados com o objetivo de que os Estados-membros do Mercosul sofram menos nesta empreitada.

Sabe-se que “o MERCOSUL tem sido um processo extremamente benéfico para todos os seus membros. Na esfera econômica, a integração vai gerando mais riqueza, mais comércio e mais investimentos, e estimula a busca de maior eficácia das políticas públicas.”²⁵

Comparando-se o Mercosul com a União Europeia, pode-se concluir, inicialmente, que o primeiro é o projeto de construção de um Mercado

23 CAÑIZARES, Felipe de Solá. *Introducción al derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954, p.58-63.

24 CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo: cuatro estudios de derecho comparado*. México: Porrúa S/A, 1993, p. 14-15.

25 FLORÊNCIO, Sergio Abreu e Lima ; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. *Mercosul hoje*. São Paulo: Alfa Omega, 1996, p. XXII.

Comum, cuja execução encontra-se na fase de União Aduaneira, enquanto que o segundo, representa o projeto de construção de uma União Econômica e Monetária que se encontra em fase bastante avançada em busca de se consolidar enquanto Mercado Comum. Afinal, a moeda já foi unificada em vários Estados-Membros, há a livre circulação de pessoas com passaporte único e a Constituição para ser aplicada como norma maior no mesmo.

Entende-se, pois, que o Mercosul só foi possível a partir da evolução do programa de aproximação econômica entre Brasil e Argentina, de meados dos anos 80, que contou com compromissos entre os governos citados e a decisiva participação da sociedade civil nos rumos da integração, pois, na verdade, os antecedentes mais remotos do Mercosul podem ser encontrados na criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (1960), ou melhor, ALALC, como é mais facilmente identificada na comunidade internacional, entidade que congregava todos os países da América do Sul (exceto as Guianas) e o México, posteriormente, substituída pela Associação Latino-Americana de Integração – ALADI.

Ao abrigo do êxito do sistema jurídico da ALADI, o Mercosul é fruto de um tratado aberto, pois admite a adesão de outros Estados americanos, bem como, que qualquer uma das partes contratantes possa retirar-se do pacto quando entender conveniente.

Por outro lado, Maria Teresa Lobo, ao defender a supremacia do Direito Comunitário, resumiu que a União Europeia - UE, instituída pelo Tratado de Maastricht, fundada sobre as três Comunidades – do Carvão e do Aço, Europeia e da Energia Atômica – e completada pelas políticas e formas de cooperação atinentes à Política Externa e de Segurança Comum – PESC e à Justiça e Assuntos Internos – JAI, constitui uma comunidade de Direito, que se efetiva com a participação dos cidadãos comunitários atentos e vigilantes no respeito aos seus direitos, e com a correta atuação das autoridades administrativas e judiciárias nacionais, conferindo ao respeito do Direito Comunitário uma atenção absolutamente prioritária.²⁶ Evidente ficou, portanto, que a União Europeia conquistou seus nacionais e hoje conta com 27 (vinte e sete) Estados-Membros independentes, situados, basicamente, no território Europeu, cuja última alteração trazida ao Tratado de Maastricht ficou disposta no Tratado de Lisboa (2009) que versou sobre a criação do fundamento constitucional do Bloco.

²⁶ LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo. A ordem jurídica comunitária. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, v.1, n.2, Brasília, maio/ago.1997, p. 97.

É importante estabelecer algumas diferenças quanto à estrutura do Mercosul e da União Europeia, para que se consiga entender o progresso que o Mercosul vem galgando ao longo dos anos, uma vez que a referência de experiência no assunto está concentrada na solidez da União Europeia.

A União Europeia considera necessário ter um Parlamento Comunitário (uma assembleia parlamentar formada por representantes eleitos a cada cinco anos pelos próprios cidadãos da União Europeia) e uma Corte de Justiça Permanente entre seus órgãos, instituições ainda não implantadas no Mercosul, haja vista que todas as decisões tomadas no seu âmbito resultam da vontade nacional individualizada, declarada por cada um dos governos envolvidos, ou seja, por não possuir órgão intergovernamental, todas as normas elaboradas pelo Mercosul, para serem válidas, têm de ser transformadas em normas nacionais em cada um dos Países membros. Momento em que é necessária a participação popular mais ativa, pois nem sempre o que é discutido no Bloco o povo toma conhecimento para poder exigir de seus representantes que cumpram seu papel conforme prometido.

A União Europeia é formada, basicamente, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia, pelo Conselho Europeu, pela Comissão Europeia, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, Tribunal de Contas Europeu e pelo Banco Central Europeu, cada instituição com suas competências bem definidas.

É necessário dizer-se que, as normas Merculinas deverão ser incorporadas ao ordenamento jurídico de cada Estado-membro, através de legislação própria, na qual deverá estar determinada a competência do Poder Judiciário nacional, para dirimir qualquer demanda, cujo objeto verse sobre questões que envolvam o Mercosul.

Cabe um parêntese para esclarecer que antes de 2004, quando ainda não existia o Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do Mercosul, atualmente sediado em Assunção (Paraguai), fruto da entrada em vigor do disposto no Protocolo de Olivos (2002), havia casos em que o conflito existente poderia ser decidido, também, pelo processo de solução de controvérsias, ou seja, aquele que deveria passar pelas seguintes fases: exame técnico da questão; exame pelo Grupo Mercado Comum; negociação direta entre os países envolvidos; e, submissão do caso a um Tribunal a *ad-hoc*, para depois se conhecer o vencedor da questão. Sem que precisasse chegar a uma das instâncias do judiciário em quaisquer dos Estados membros.

Realmente, são três os tipos de controvérsias ou divergências que podem surgir no âmbito desse Bloco Econômico. Entendendo-se, pois, haver litígio ou disputa somente entre os Estados-partes; os Estados-partes e os particulares (pessoas físicas ou jurídicas); e, entre os particulares.²⁷

Vale ressaltar que cada tipo de controvérsia ou divergência suscitadas no Mercosul tem regime jurídico próprio a que se submetem os litigantes ou as partes em disputa, para resolvê-las.

Entre os Estados soberanos, as controvérsias internacionais costumam ser resolvidas à luz do Direito Internacional Público Clássico (Tradicional), através de métodos diplomáticos, jurídicos ou coercitivos, destacando-se as negociações diretas e o juízo arbitral, enquanto que na União Europeia elas podem ser resolvidas por uma Corte Supranacional (o Tribunal de Justiça de Luxemburgo, por exemplo), conforme previsto pelo Direito Comunitário ou da Integração.

Para se obter uma solução para as divergências entre os Estados-partes e particulares, era mister o recurso à proteção diplomática do Estado, pois o particular não tinha acesso direto ao Tribunal Arbitral.

Na verdade, segundo o Protocolo de Brasília (1991), inicialmente, um Estado-parte do Mercosul, violador de seus tratados constitutivos, podia formalizar as reclamações dos particulares lesados ou ameaçados de um prejuízo, ante a Seção Nacional do grupo Mercado Comum do Estado-parte onde tinham sua residência habitual ou a sede de seus negócios, para que, uma vez admitida, pudesse ser resolvida, sem que os particulares tivessem que solicitar ao Estado-parte onde formalizaram a reclamação que recorressem diretamente ao procedimento arbitral.²⁸

Resumidamente, pode-se afirmar que o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul, passou por quatro fases distintas até chegar à configuração atual trazida pelo o Protocolo de Olivos, em vigor desde 2004. Destaque nesse aspecto que merece ser registrado foi a criação do *Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do Mercosul*, composto por cinco árbitros, incluindo um que seja nacional de cada Estado parte sendo que tais demandas são limitadas às questões de direito julgadas pelo Tribunal *ad hoc*, assim como, serão julgadas por três árbitros quando a lide envolver dois Estados; ou cinco quando houver mais de dois Estados envolvidos na contenda. No entanto,

27 BASSO, Maristela. Mecanismos de solução das controvérsias no Mercosul. *Revista Jurídica CONSULEX*, a. I, n. 9, Brasília, set. 1997, p. 52.

28 BASSO, Maristela. Mecanismos de solução das controvérsias no Mercosul. *Revista Jurídica CONSULEX*, a. I, n. 9, Brasília, set. 1997, p. 54.

é importante observar que a resolução das controvérsias continua operando através da negociação e da arbitragem, pois inexistente uma instância judicial supranacional; que os particulares continuarão dependendo dos governos nacionais para apresentarem suas demandas; que o sistema continua sendo provisório, e que deverá ser novamente modificado quando ocorrer o processo de convergência da tarifa externa comum.

As possíveis controvérsias entre particulares, membros dos Países integrantes do Mercosul, referentes a negócios privados, são resolvidas pela arbitragem privada ou pelas normas de Direito Internacional Privado do Estado-parte onde a questão for proposta, pois o Mercosul não possui normas de solução de conflito de leis, ou normas jusprivatistas internacionais uniformes capazes de serem aplicadas em demandas dessa natureza.

Aponta-se, também, como diferença entre os dois mercados, a estrutura executiva de cada um deles. O Mercosul é formado, essencialmente, pelo Conselho do Mercado Comum (CMC), pelo Grupo Mercado Comum (GMC) e pela Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), todos de natureza intergovernamental, responsáveis diretamente pela condução do processo como um todo, diferenciando-se apenas quanto à hierarquia de seus membros e objetivos, enquanto que a União Europeia divide suas tarefas entre a Comissão, que formula e administra as políticas de integração (órgão supranacional), e o Conselho, que é o responsável por decisões políticas de grande envergadura (órgão intergovernamental), sem, contudo, valorizar a existência das demais instituições que compõem o citado Bloco.

Fausto de Quadros, fundamentado na existência do Conselho e do Parlamento Europeu, entende que “o Direito Comunitário europeu rompeu com o Direito Internacional Público clássico, de mera coordenação das soberanias, por isso se assenta na igualdade soberana dos Estados e na regra da unanimidade”.²⁹

Pode-se afirmar que a diferença estrutural dos dois mercados influi bastante no progresso e desenvolvimento do processo de integração no mundo, porém reconhece-se que a geografia pode ser indicada como o primeiro fator do sucesso do Mercosul desde sua criação, pois, são Países vizinhos com densos contratos entre as populações dos seus Estados. Ademais, não há grandes obstáculos naturais na região limítrofe, de modo que o comércio flui naturalmente

²⁹ QUADROS, Fausto. O modelo europeu. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, v.1, n.2, Brasília, mai/oago.1997, p.16.

na referida região, mesmo com a utilização de um sistema de transporte de mercadorias um tanto precário.

A inexistência de rivalidades étnicas culturais ou religiosas e o desaparecimento das rivalidades políticas, graças ao fim dos regimes militares e o advento da democracia na região, colaboraram enormemente para que o Mercosul se tornasse possível. Atualmente, o Mercosul é formado pela Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela, sendo que esta última ainda depende da aceitação de sua inclusão como membro do Mercosul pelo Paraguai, pois até pouco tempo figurava somente como membro associada, juntamente com o Chile (1996), Bolívia (1996), Peru (2003), Colômbia (2004) e Equador (2004).

O conjunto desses fatores favoráveis à integração pode explicar a emergência do Mercosul como uma opção natural para o Brasil e demais Países membros, o que certamente não é visto com facilidade se analisarmos a relação existente entre a União Europeia e os Estados que a compõem.

Compreender o Mercosul é hoje tarefa de todos os nacionais. A Globalização impulsiona as pessoas a buscarem informações gerais sobre as transformações do mundo, principalmente, quando essas modificações podem influir, de alguma forma, na vida particular de cada um.

Concordando-se, portanto, com Álvaro Vasconcelos, acredita-se que a Europa e a América Latina precisam criar uma autêntica parceria para estabelecerem uma ordem internacional mais democrática. Com uma parceria constituída nos diferentes foros institucionais de diálogo e cooperação política e econômica, entre a Comunidade, o Mercosul, o Grupo Andino ou o Mercado Comum da América Central, ou qualquer outro.³⁰

Realmente, a integração entre os países do mundo já começou. Estudar o Mercado Comum do Sul é dar um passo para compreender que, se os países menos desenvolvidos ficarem juntos, terão mais chances de se desenvolverem e de competirem com os demais Mercados Comerciais do mundo.

Vale ressaltar que, inicialmente, o relacionamento do Brasil com a Argentina e, posteriormente, com o Paraguai e o Uruguai não se esgotou na discussão dos instrumentos do Mercosul e sua implantação, porque o processo de construção do Mercosul sustenta-se, basicamente, em dois

30 VASCONCELOS, Álvaro. Parceiros naturais: Europa – América Latina. In: CONSELHO BRASILEIRO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – CBRI. *Mercosul: desafios a vencer*. São Paulo: Bartira Gráfica e Editores S/A, 1994, p. 110.

grandes pilares: a democratização política e a liberalização econômica então vivida por cada um de seus membros, sem, contudo, interferir no convívio bilateral com cada um desses Estados vizinhos citados, cujo relacionamento alcança interesses outros, além do ponto de vista da integração econômica.

É fundamental ressaltar que recentemente a República Bolivariana da Venezuela foi incluída enquanto Estado-Membro no Mercosul (31.07.2012 – Rio de Janeiro) e que o Paraguai está suspenso temporariamente do bloco até que realize o processo democrático previsto para ocorrer em abril/2013, uma vez que a destituição do Presidente Fernando Lugo precisava de uma retaliação dos demais Estados-Membros, pois não houve imposição de sanções econômicas, para evitar prejudicar os paraguaios.

Passando essa fase de controvérsias com a punição que vem sendo aplicada ao Paraguai e quanto ao reconhecimento da incorporação definitiva da Venezuela enquanto Estado-Membro do Mercosul, pois depende da aprovação dos Congressos Nacionais de cada um dos demais participantes do Bloco, talvez seja o momento de se discutir com a sociedade a necessidade da criação de um Tribunal de Justiça para controle da legalidade dos atos do Mercosul.³¹ Com a entrada em vigor do Protocolo de Olivos (2002) em 2004, o Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do Mercosul tem suprido a insegurança jurídica que existia no Bloco, portanto, entende-se que está assegurado o avanço da integração latino-americana posto que a criação de uma ordem jurídica própria e autônoma das ordens jurídicas dos Estados-membros é indispensável.³²

Defende-se, por fim, que o Mercosul é o caminho certo para quem acredita que é através da integração regional que os Estados irão procurar articular-se uns com os outros, facilitando o processo negociador do mundo. Afinal, o País que já está engajado num Processo de Integração, indubitavelmente, será um forte candidato a participar, com êxito, do Processo de Globalização, pois já tem experiência no trato de assuntos que envolvam a economia internacional e no relacionamento com os demais países do mundo.

A realidade é que, há uma expectativa de que os Estados consigam construir uma verdadeira e ideal ordem internacional, de hierarquia indiscutivelmente superior ao conjunto de regras editadas internamente

31 FARIA, Werter R. Experiências latino-americanas de integração. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, v.1, n.2, Brasília, mai/ago.1997, p. 10.

32 QUADROS, Fausto. O modelo europeu. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, v.1, n.2, Brasília, mai/ago.1997, p.12.

por cada um deles, dentro de seus próprios territórios: o Direito Comunitário.

Afinal, sabe-se que apesar do conceito de soberania ser bem antigo, o cenário do mundo contemporâneo, com a implantação das liberdades típicas do mercado comum, exige dos estados-membros certa delegação estatal à autoridade comunitária, surgindo, pois, a figura da soberania compartilhada ou complementar, como pode ser facilmente identificada no modelo europeu.

3 CONCLUSÃO

Guido Fernando Silva Soares escreve que “atividade instigante e extremamente enriquecedora no universo do Direito, entendida como Ciência Jurídica, é a comparação entre sistemas jurídicos”.³³ Concordando-se, pois, com tal afirmativa, passou-se a analisar superficialmente o Mercosul e a União Europeia, frente às normas que norteiam a criação e estruturação de cada um deles, muito embora não se tenha buscado jurisprudências e doutrinas para compreender melhor o assunto.

O Direito Comparado desperta uma curiosidade no pesquisador que acaba por transportá-lo para sistemas outros num mundo sem fronteiras. Sente-se que determinado assunto pesquisado liga-se a outros e a vontade de conhecer cada vez mais o Direito faz com que o investigador esteja sempre atento ao progresso e desenvolvimento dos povos.

Segundo Ivo Dantas:

Seus resultados, decorrentes da análise de institutos consagrados em sistemas jurídicos diferentes (não no sentido de *famílias*), poderão ser úteis para o aprimoramento dos sistemas nacionais, entendendo-se, como tal, até mesmo a recepção de normas, evidentemente, que com as adaptações que se fizerem necessárias, sendo bastante sintomática é a produção doutrinária e legislativa, em virtude da criação do Mercosul, fenômeno que, na Europa e nos Estados Unidos, já conheceram precedentes.³⁴

O comparatista deve dedicar-se a setores do sistema e/ou determinado instituto, como no caso em questão, para aprofundar

33 SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law – introdução ao direito dos EUA*. Ed. RT, 1999, p. 19.

34 DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124.

mais os estudos e oferecer conclusões cabais possíveis numa pesquisa de Direito Comparado para o desenvolvimento e crescimento de cada Estado e aperfeiçoamento de suas próprias normas frente à existência do Mercosul e da União Europeia.

Sabe-se, que embora sem a necessária análise na doutrina, jurisprudência e costumes dos Estados membros do Mercosul e da União Europeia, conseguiu-se despertar o interesse por um tema tão pouco explorado pelos juristas nacionais e internacionais, acredita-se que se tenha fornecido elementos introdutórios para uma pesquisa mais profunda que possa contribuir para o crescimento e desenvolvimento do Mercosul e da União Europeia.

Afinal, defende-se que o Direito Comunitário é autônomo, as comunidades econômicas constituem uma inusitada ordem de relações político-econômicas entre Estados soberanos, necessitando, para a realização de suas finalidades, de um ordenamento jurídico próprio, sem exigência de um direito exclusivamente interno, ou tampouco de um direito estrangeiro a ser aplicado internamente.

Em decorrência dessa autonomia, acredita-se que as normas comunitárias possuem um caráter obrigatório e devem estar instrumentalizadas de forma a poder se fazer impor a todos. Afinal, a integração do Direito Comunitário às ordens jurídicas internas, é automática; independentemente de mecanismos de incorporação aplicáveis aos tratados, ou de técnicas de outorga legislativa tradicionais, para entrarem em vigor. Significando, portanto, uma verdadeira primazia em relação ao Direito interno.

É indispensável, para o sucesso do Direito Comunitário, a existência de uma uniformidade formal e material, com regras próprias a serem utilizadas para sua interpretação e aplicação. A responsabilidade dos Estados comunitários em relação a particulares, por violação de normas do Direito Comunitário europeu, atribui-se ao caráter impositivo e vinculante do Direito Comunitário, para que ele tenha força de direito em cada Estado membro.

É conveniente ponderar que sendo a ordem jurídica comunitária distinta tanto da ordem jurídica interna quanto da ordem jurídica internacional, é indubitável que os Estados-membros abdicam de parte de suas soberanias quando assinam tratados internacionais de interesses comunitários, cujas normas devem ser recepcionadas para serem aplicadas por cada um deles, portanto, afirma-se que a supremacia do Direito Comunitário depende dos órgãos jurisdicionais nacionais para cumprir seu papel com a eficiência e segurança merecida.

Vale esclarecer que a ordem jurídica comunitária compreende o Direito Comunitário originário (composto pelas normas previstas nos tratados de integração, incluindo seus eventuais protocolos modificativos ou complementares); o Direito Comunitário derivado (constituído pelo conjunto dos atos jurídicos (unilaterais e convencionais) adotados pelas instituições comunitárias, no exercício de suas competências, e subordinado ao Direito Comunitário originário); a jurisprudência (irredutível ao Direito Internacional e ao Direito Interno, devido ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia ser considerado, por alguns doutrinadores, como a “pedra angular da edificação europeia”); e os princípios gerais de Direito (norteadores do direito e das relações derivadas de sua aplicação como um todo).

Faz-se importante acrescentar, que no que se refere aos acordos celebrados anteriormente à adesão, há de se distinguir entre obrigações impostas pelos acordos e direitos por eles reconhecidos. Para deixar claro que aqueles concluídos posteriormente à adesão às Comunidades, obrigam os Estados-membros a subscrever regras conforme as comunitárias.

Diante do exposto, acredita-se ter demonstrado, sutilmente, a inaplicabilidade do termo “direito comunitário” nas questões que envolvam o Mercosul. Afinal, como foi visto, em uma ordem jurídica verdadeiramente supranacional, as decisões não requerem aprovação interna nem incorporação ou transformação em direito interno para vigorar no território dos Estados-Membros, como é obrigatório ocorrer nos países do Cone Sul.

Dessa forma, justifica-se o presente estudo para tentar sensibilizar a sociedade da importância da criação e implementação de normas para promoverem os ajustes e adaptações necessários ao desenvolvimento do Mercosul, principalmente, no tocante ao fortalecimento desse processo de integração regional em prol de um Mercado Comum.

A nova ordem supranacional que surgiu na Europa Ocidental com a União Europeia, revolucionou o conceito de soberania, especialmente no que concerne ao necessário para se alcançar uma verdadeira união de Estados; o reconhecimento da supranacionalidade.

A tendência atual, portanto, é a de que a soberania exista como um conceito meramente formal, levando-se em conta a integração da vida econômica, social e cultural dos Estados contemporâneos, por isso, entende-se que a aceitação de um ordenamento jurídico supranacional é o elemento mais importante para qualquer projeto sério de integração acontecer, mesmo que isso signifique uma modificação do conceito de soberania, baseado na chamada doutrina da segurança nacional.

Enfim, por todo o exposto, a incorporação dos princípios e normas que orientam e caracterizam o Direito Comunitário que se pode observar

existir na União Europeia, só será possível acontecer no Mercosul se houver a transferência de competência para um órgão supranacional, com a necessária previsão no Direito Constitucional de cada um dos países do Bloco, sob pena deste jamais representar uma verdadeira integração profunda de Estados do Cone Sul no contexto da globalização.

REFERÊNCIAS

LIVROS

- AGOSTINI, Eric. *Droit comparé*. Paris: Presses Universitaire de France, 1988.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. Livraria Almedina, Coimbra, 1994; 2. ed. 1998.
- ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.
- ARMINJON, Pierre; NOLDE, Baron Boris e WOLF, Martin. *Traité de droit comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.
- CAÑIZARES, Felipe de Solá. *Introducción al derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo - (Cuatro estudios de derecho comparado)*. México: Porrúa S/A, 1993.
- CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Derecho Comparado*. v. I. Madrid: Tecnos, 1981.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- FLORENCIO, Sergio Abreu e Lima ; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. *Mercosul hoje*. São Paulo: Alfa Omega, 1996.
- GUTIÉRREZ, Consuleo Sirvent e COLIN, Margarita Villanueva. *Sistemas jurídicos comparados*. Mexico: Oxford University Press / Harla, 1996.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: Introdução ao Direito dos EUA*. RT, 1999.

VASCONCELOS, Álvaro. Parceiros naturais: Europa – América Latina. In: CONSELHO BRASILEIRO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – CBRI. *Mercosul: desafios a vencer*. São Paulo: Bartira Gráfica e Editores S/A, 1994.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Espasa-Calpe S/A, 1985.

ARTIGOS

BASSO, Maristela. Mecanismos de solução das controvérsias no Mercosul. *Revista Jurídica CONSULEX*, a. I, n. 9, Brasília, set. 1997.

FARIA, Werter R.. Experiências latino-americanas de integração. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*, v.1, n. 2, Brasília, maio/ago.1997.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito comparado. *Revista de Direito - Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara*, ano VII, n. 17 - jan/abr., v. 17, 1973.

LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo. A ordem jurídica comunitária. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*, v.1, n.2, Brasília, maio/ago.1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Ano VII, Nova Fase. Belo Horizonte, out./1955.

QUADROS, Fausto. O modelo europeu. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*, v.1, n.2, Brasília, maio/ago.1997.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A utilização do direito comparado pelo legislador. *Revista Contextos*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, ano I, nº 1, mar. 1987.

VALLADÃO, Haroldo. Evolução e Universalidade do Direito Comparado. *Revista Jurídica*, v. XVI e XVII, 1958-1960/2. Brasília: Órgão da Cultura da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil.

OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E ITALIANO

*THE EFFECTS OF THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY IN
THE BRAZILIAN AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS*

*Marco Fioravante Villela di Iulio
Procurador Federal
Coordenador de Matéria Finalística
da Procuradoria Regional Federal da 2ª Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Sistema de Controle de Constitucionalidade na Itália; 2 O Modelo Brasileiro: Breve Comparação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca comparar os modelos de controle de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, traçando as diferenças e os pontos de convergência na produção dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos. Nesse sentido, é feita breve exposição dos dois modelos, destacando-se a cessação da eficácia da norma após a publicação da *sentenza* pela *Corte Costituzionale* e a dicotomia do sistema brasileiro nos controles difuso e concentrado. Aponta-se, ao final, como o fenômeno da “abstrativização do controle difuso” no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro tem aproximado o Brasil dos modernos sistemas constitucionais, evitando que a questão constitucional seja reenviada ao STF pela via difusa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Controle de Constitucionalidade. Formas de Controle. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This article seeks to compare the Brazilian and Italian legal systems, tracing the differences and points of convergence about the effects of the declaration of unconstitutionality. Contains short exposure of the two models. Points up in the end, how the phenomenon “abstrativização do controle difuso” has approached Brazilian legal system to the modern constitutional systems, avoiding the issue to be resent to the Supreme Court.

KEYWORDS: Comparative Law. Judicial Review. Techniques. Effects of Declaration of Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, os países da Europa Continental passaram a tutelar de forma sistemática os seus textos constitucionais.

São duas as formas principais de preservação do texto constitucional: a garantia de que o texto somente pode ser revisto através de processo legislativo específico e a existência de órgão que analise a legitimidade dos atos normativos face ao texto magno.

Em muitos casos, a instituição de um órgão de garantia constitucional foi o ponto de partida para resguardar a sua higidez.

No direito italiano, a existência da Corte Constitucional, no vértice do sistema jurisdicional, tem por função a manutenção do texto da Carta Magna, exercendo juízo principalmente sobre as leis, ou seja, se os atos normativos estão em conformidade com o texto constitucional.

Não exerce a Corte Constitucional Juízo sobre casos concretos, mas sobre a lei em abstrato e, enquanto órgão com previsão constitucional, não faz parte do Poder Judiciário, mas sim do sistema de garantias constitucionais.

Houve, nesse particular, na Itália, a opção pela adoção de um controle sucessivo (ou repressivo) da legitimidade da lei em face da Constituição, diversamente, por exemplo, do direito francês, onde vigora um tipo de controle preventivo (político ou abstrato).

A intenção do presente trabalho é a de fazer breve comparação entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito italiano e no ordenamento jurídico brasileiro.

1 O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ITÁLIA

Tomando-se por base a existência de diferentes modelos de controle de constitucionalidade, pode-se dizer que o sistema encontrado na Itália seja um modelo misto.

Ao lado do modelo americano (ou difuso), onde o controle de constitucionalidade é atribuído a todos os órgãos judiciários que desaplicam a lei considerada inconstitucional, mas apenas no caso concreto, bem como encontra aplicação o princípio do *stare decisis* (do precedente vinculante), está o modelo kelseniano (ou concentrado), onde o controle é atribuído a um Tribunal com competência constitucional, que decide de forma definitiva e com eficácia *erga omnes*, retirando do ordenamento jurídico a norma tida por inconstitucional.

Na Itália, a instituição de uma Corte Constitucional, a quem compete julgar a conformação dos atos normativos ao texto constitucional, confere ao sistema características de um modelo concentrado; por outro lado, a possibilidade de que qualquer Juiz provoque a Corte para apreciar a alegação de inconstitucionalidade de determinado ato normativo no desenvolvimento de lide posta ao seu conhecimento, aproxima o sistema do modelo difuso.

Também são combinadas as formas de acesso: por via direta (ação), manejada somente pelo Estado e pelas Regiões (divisão administrativa), excluídos outros sujeitos; ou por via indireta (incidental), conforme exposto acima, mediante provocação do Juiz da causa à Corte Constitucional, quando exista alegação de inconstitucionalidade de norma.

Na lição do jurista LUCIO PEGORARO:

Enquanto nos Estados Unidos cada juiz pode e deve desaplicar a lei inconstitucional, e, no sentido da Constituição austríaca – coerentemente com as premissas teóricas –, o único órgão previamente estabelecido para apreciar a questão de inconstitucionalidade, mediante ação, foi e ainda é o Tribunal Constitucional, a “via intermediária”, percorrida na Alemanha, Itália e Espanha, consiste em que o órgão chamado a exercer a justiça constitucional é único e “especializado”, como na Áustria. Contudo ao tempo que nos Estados Unidos cada juiz está habilitado ao exercício do controle de constitucionalidade, nos referidos países, ele pode, e em certas circunstâncias deve, realizar um julgamento preliminar de conformidade com a Constituição, da lei a ser aplicada a um caso concreto, e só se tiver a dúvida (ou razoável certeza) de que seja contrastante é que deve apresentar a questão à Corte constitucional.

A bem da verdade, é de ressaltar que, nos modelos citados acima (Alemanha, Itália e Espanha), o controle difuso de constitucionalidade encontra-se somente na fase de introdução do processo, e não na decisória, pois o controle efetivo (fase decisória) concentra-se nas mãos do órgão central.

A Corte Constitucional Italiana encontra assento no artigo 137 da Carta Magna:

Articolo 137.

Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte.

Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte. Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione.”

Os atos sindicáveis pelo Juízo Constitucional na Itália são, no dizer do artigo 134 da Carta: 1. os atos normativos primários; 2. leis ou outros atos do Estado Italiano que tenham a mesma força; 3. as leis de competência das Regiões e das províncias autônomas.

Os atos com força de lei citados no item 2 podem ser de duas espécies: o decreto-lei (similar às nossas medidas provisórias), onde a sindicância, tal como aqui, gira em torno da ausência dos requisitos extraordinários de necessidade e urgência, como também o decreto-legislativo, para a análise dos princípios e critérios existentes na lei de delegação.

O artigo 134 da Carta Magna Italiana dispõe:

Articolo 134.

La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

Como citado acima, o Juízo de conformidade (ou legitimidade) da lei em face do texto constitucional faz-se na Itália de duas formas. À vista de um caso concreto (controle incidental ou difuso) ou por via direta (controle concentrado), sendo restrito o elenco dos legitimados.

No primeiro caso, são necessários dois requisitos, o primeiro de natureza subjetiva – a existência de Juiz no exercício da magistratura ordinária ou administrativa (Conselho de Estado, órgão com atribuição para processar e julgar as demandas que envolvam a Fazenda Pública). O segundo, de natureza objetiva, a existência de um Juízo em sentido técnico, uma atividade qualificada como exercício de uma função jurisdicional.

O controle, nesse caso, se faz através de provocação das partes, ou de ofício pelo próprio Juiz que, entendendo que a questão é relevante e a alegação de inconstitucionalidade não é manifestamente infundada, suspende o processamento do feito e remete a apreciação da questão à Corte Constitucional.

A segunda forma de controle, por via direta, é feita através de ação movida pelo Estado Italiano contra leis regionais (quando presente

violação da competência legal pela Região) ou pela própria Região contra leis ou atos normativos do Estado Italiano ou mesmo leis emanadas por outras Regiões (quando entenda que tais atos violem sua própria competência legislativa).

Nesse passo, o artigo 127 do texto constitucional:

Articolo 127.

Il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione.

La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge.

As duas vias de controle também distinguem-se no que se refere à possibilidade de os sujeitos envolvidos disporem sobre o direito de ação: no juízo exercido na via incidental, uma vez presentes os requisitos, deve o Juiz da causa provocar a Corte Constitucional e, remetida a questão, o órgão colegiado procede à análise independentemente da vontade das partes envolvidas no caso concreto posto à apreciação judicial.

No juízo exercido pela Corte na via direta, ao contrário, acentua-se o caráter de disponibilidade, pois as partes envolvidas, detentoras do direito de ação, da mesma forma que podem exercê-lo, podem vir a renunciar ou desistir da demanda.

A análise da Corte Constitucional pode concluir pela legitimidade ou não da norma em face da Carta Magna.

Concluindo pela legitimidade, a questão, no controle incidental, pode ser levada de novo ao conhecimento da Corte, de forma incidente ao processamento de qualquer outra demanda onde venha a discutir-se novamente o tema.

Por outro lado, concluindo pela ilegitimidade da lei em face do texto da Carta Magna, a Corte pode apontar a necessidade de afastamento da norma do ordenamento jurídico ou, em uma situação menos drástica, a adoção de interpretação da norma em sentido a conformá-la ao texto constitucional, de forma a preservá-la.

No primeiro caso, a norma é expungida do ordenamento legal no dia posterior ao da publicação da decisão da Corte Constitucional no diário oficial. Deixa de existir no mundo jurídico, não mais produzindo efeitos, tal como se ocorresse sua revogação (artigo 136 da Constituição):

Articolo 136.

Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario provvedano nelle forme costituzionali.

Os efeitos de declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, afastada a aplicação da norma pela cessação da sua eficácia após a publicação da sentença da Corte no diário oficial, estendem-se às demandas que encontram-se pendentes de julgamento. Não atingem, entretanto, as demandas já julgadas, em atenção ao princípio da coisa julgada. Exceção a esse princípio é a sentença penal condenatória, em que mitiga-se o princípio da inderrogabilidade da coisa julgada, cessando a execução da pena e seus efeitos decorrentes.

O julgamento proferido pela Corte em julho de 2012, em que aborda-se tema atualmente em voga na Comunidade Europeia (regularização de cidadãos extra-comunitários), é representativo:

ANNO 2012

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Alfonso QUARANTA; Giudici : Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Sergio MATTARELLA, Mario Rosario MORELLI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 1-ter, comma 13 (recte: articolo 1-ter, comma 13, lettera c), del decreto-legge 1° luglio

2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102, promossi dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche con ordinanza dell'8 luglio 2011 e dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, con ordinanza del 13 ottobre 2011, iscritte ai nn. 22 e 26 del registro ordinanze 2012 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 9 e 10, prima serie speciale, dell'anno 2012.

Visti gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri; udito nella camera di consiglio del 6 giugno 2012 il Giudice relatore Giuseppe Tesauro.

(Ritenuto in fatto)

[...]

(Considerato in diritto)

[...]

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1-ter, comma 13, lettera c), del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 del codice di procedura penale, senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 2 luglio 2012.

F.to:

Alfonso QUARANTA, Presidente

Giuseppe TESAURO, Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 6 luglio 2012.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Gabriella MELATTI.

Em outra hipótese, preservando-se a norma, a Corte Constitucional indica a interpretação possível em conformidade com o

texto constitucional. A esse entendimento fica adstrito o Juiz da causa, não podendo dele se esquivar, devendo aplicar a norma de acordo com o entendimento firmado pela Corte.

A sentença da Corte, nesse particular, pode apenas acolher parcialmente a ilegitimidade da norma, de forma limitada a um determinado significado ou determinada aplicação (*accoglimento parziale*).

Pode também dispor sobre a inconformidade de determinada disposição na parte em que prevê uma determinada norma em vez de outra, que vem a ser individualizada e substituída pela Corte (*sostitutiva*), ou na parte em que não prevê uma norma constitucionalmente necessária, que vem a ser integrada ao texto pela Corte (*additiva* ou *aggiuntiva*), ou ainda, por fim, na parte em que deixa de prever, mas a Corte, sem que integre o texto, indica um princípio geral a ser seguido pelo legislador para integrar a norma (*additiva di principio*).

Como exemplo de *sentenza di accoglimento parziale*, ser citado o seguinte julgado proferido pela Corte em julho de 2008:

SENTENZA N. 305 ANNO 2008

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Franco BILE; Giudici: Giovanni Maria FLICK, Francesco AMIRANTE, Ugo DE SIERVO, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Paolo Maria NAPOLITANO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 195, comma 4, e 627, comma 3, del codice di procedura penale, promosso dalla Corte di cassazione nel procedimento penale a carico di L. S., con ordinanza del 30 maggio 2006, iscritta al n. 19 del registro ordinanze 2007 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 8, prima serie speciale, dell'anno 2007.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri; udito nella camera di consiglio dell'11 giugno 2008 il Giudice relatore Francesco Amirante.

(Ritenuto in fatto)

[...]

(Considerato in diritto)

[...]

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 4, del codice di procedura penale, ove interpretato nel senso che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), cod. proc. pen., e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate;

dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 627, comma 3, del codice di procedura penale, in connessione con l'art. 628, comma 2, del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, dalla Corte di cassazione con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 29 luglio 2008.

F.to:

Franco BILE, Presidente

Francesco AMIRANTE, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 30 luglio 2008.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: DI PAOLA (grifei)

2 O MODELO BRASILEIRO: BREVE COMPARAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Os sistemas italiano e brasileiro podem, de certa forma, ser considerados próximos.

Como ponto de convergência, pode ser citado o acesso ao Tribunal Constitucional tanto pela via difusa, quanto pela via da ação direta.

A recente tendência de “*abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*”, no dizer do mestre FREDIE DIDIER JÚNIOR, tem aproximado ainda mais os modelos de controle italiano e brasileiro. Vejamos.

Com visto acima, no sistema italiano, a declaração de inconstitucionalidade importa em eficácia *erga omnes* e *ex tunc* (ressalvada, entretanto, a possibilidade de modulação dos efeitos) e na retirada da norma do mundo jurídico, seja pela via difusa (provocação do Juiz da causa) ou pela via concentrada (de iniciativa do Estado Italiano ou de

suas Regiões), independentemente de qualquer manifestação de outro órgão da República.

No Brasil, a dicotomia entre os modelos difuso (operacionalizado pela via de exceção, isto é, quando a inconstitucionalidade é argüida como fundamentação, como causa de pedir, onde qualquer juízo pode processar e julgar a demanda) e concentrado (operacionalizado pela via direta, onde determinados órgãos processam e julgam a demanda, que tem como pedido a própria inconstitucionalidade) tem levado a maioria dos autores a afirmar ser o controle de constitucionalidade brasileiro de natureza eclética, mista ou híbrida, pois se daria tanto do modo difuso/concentrado (levando em conta o número de órgãos), quanto por via de exceção/via de ação direta (levando em conta o modo de exercício).

Hodiernamente, entretanto, tem-se reconhecido tal controle como sendo dual ou paralelo, pois há dois tipos de controle, ambos conviventes, e um atua independentemente do outro.

O controle judicial de constitucionalidade no Brasil, dessa forma, não seria híbrido, embora não se negue a tendência para a hibridação. Híbrido dá ideia de mistura, o que não ocorre com os controles no Brasil, pois os modelos convivem de forma paralela. Haveria, no máximo, uma tendência à “hibridação dos modelos da justiça constitucional”, consoante a lição do jurista italiano LUCIO PEGORARO.

Considerada, assim, a existência de duas formas paralelas de controle de constitucionalidade, cumpre tecer a distinção dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e no controle difuso.

No primeiro caso (controle concentrado), declarada a inconstitucionalidade, a decisão do STF possui efeitos retroativos e para todos, desfazendo, desde a sua origem, o ato inconstitucional.

Face o que dispõem o texto constitucional e a Lei nº 9.868/99, não resta dúvida de que a declaração proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade da lei, ou de sua inconstitucionalidade, possui eficácia *erga omnes*.

Paralelamente ao conceito de eficácia contra todos (*erga omnes*), a lei também previu que as declarações do STF têm efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

Como já dito acima, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 permite ao Supremo modular os efeitos da declaração de constitucionalidade, limitando sua amplitude ou seus efeitos temporais, desde que presentes os requisitos formal (decisão de maioria de dois terços) e material (presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social).

No que se refere à modulação no tempo, a regra é a de que o STF deve escolher como marco temporal qualquer momento entre a edição da norma e a publicação de sua decisão.

Ocorre que, modernamente, tem o Tribunal entendido possível, na esteira da influência do direito constitucional austríaco, a declaração de inconstitucionalidade e a concomitante manutenção da vigência e da eficácia do ato normativo, constituindo o Poder Legislativo em mora por prazo determinado, visando à regularização da situação legal.

Nesse sentido o acórdão proferido em junho do corrente ano:

ADI 4029/AM – AMAZONAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 08/03/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

ACÓRDÃO ELETRÔNICO

DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012

Parte(s)

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO
IBAMA - ASIBAMA NACIONAL

ADV.(A/S): DIEGO VEGA POSSEBON DA SILVA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

*Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO
CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE.*

LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” previsto no art. 103, IX, da CRFB. 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. 3. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possui ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente. 4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. 5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que “O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias”. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos

da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustentam-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes." (In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: RT, 2008. p. 285) 6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998). 7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. 8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde

2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos *ex tunc*. 9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada *pure prospectivity*, técnica de superação da jurisprudência em que “o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011). 10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente. 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta, com modulação da eficácia, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que a julgava improcedente, e Marco Aurélio, que a julgava de todo procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União. Plenário, 07.03.2012.

Decisão: O Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, ficar constando que o Tribunal julgou

improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, caput, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia ex nunc em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), que julgava procedente a ação. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta questão de ordem, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Plenário, 08.03.2012.” (grifei)

No controle de constitucionalidade difuso, por seu turno, declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade, são produzidos efeitos *ex tunc* em relação às partes do processo, sendo desfeito, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional.

O Supremo, recentemente, tem entendido possível a modulação dos efeitos também no controle difuso, a teor do que dispõe o artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Com relação aos sujeitos estranhos à relação processual onde foi proferida a declaração de inconstitucionalidade incidentalmente, a providência fica a cargo do Senado Federal, que pode vir a editar Resolução que suspenderá, no todo ou em parte, a execução do referido ato normativo (artigo 52, inciso X, da CR/88), produzindo efeitos para todos e *ex nunc*, ou seja, a partir da sua publicação.

Esse seria, portanto, o ponto nevrálgico da distinção entre os efeitos produzidos a partir da declaração de inconstitucionalidade da norma entre os modelos de controle italiano e brasileiro.

Isso porque a decisão da Corte Italiana retira, *de per se*, a norma do ordenamento jurídico, independentemente da manifestação de qualquer outro órgão da República.

Essa distinção, no entanto, vem sendo diminuída ante o já mencionado fenômeno da “*abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*” exercido pelo STF.

Posta a questão à apreciação do STF através do manejo de Recurso Extraordinário, a Corte aprecia a constitucionalidade tal como realizou o órgão *a quo* no controle difuso.

Em entendimento recente, o Supremo tem recusado ao Recurso Extraordinário a feição de recurso com caráter meramente subjetivo, destinado a julgar os interesses das partes no processo. Tem reconhecido, nesse sentido, a possibilidade de ser utilizado como instrumento de defesa da ordem constitucional.

Busca-se, com isso, a uniformização nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos controle difuso e concentrado, servindo a Resolução do Senado Federal (artigo 52, inciso X, da CR/88), a partir de então, a somente dar publicidade às decisões da Corte Suprema, já que as mesmas, também *de per se*, tal como no direito italiano, teriam efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Essa tendência vem sendo sentida nos julgados do STF, podendo ser citado o julgamento do HC nº 82.959/SP.

No voto proferido naquele julgamento, o Ministro Gilmar Mendes destacou:

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito ex nunc, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito ex nunc deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Pode-se concluir, diante de todo o exposto, que a recente inovação na aplicação do Recurso Extraordinário, entre nós, tem seguido orientação adotada pelos modernos sistemas constitucionais, de forma a atribuir aos recursos postos à apreciação da Corte Suprema a efetiva e definitiva análise da questão constitucional, impedindo que a via recursal seja utilizada indefinidamente pelas partes não alcançadas pela decisão proferida no caso concreto, assoberbando sobremaneira o Supremo Tribunal Federal.

Tal entendimento, assim, tem resultado na aproximação do modelo de controle exercido no Brasil àquele praticado na Itália.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Transformações do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABELLI, Cesare. *Palestra: Tutela dei diritti fondamentali*. Roma (Itália): Universidade Tor Vergata, 05/07/2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. *Revista de Informação Legislativa* a. 42 n° 165 jan/mar 2005 (Artigo traduzido por Maria Auxiliadora Castro e Camargo, Procuradora Federal, doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca-Espanha e pesquisadora junto à Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha-Itália)

PICCININNI, Carlo. *Palestra: Ruollo della corte suprema*. Roma (Itália): Universidade Tor Vergata, 12/07/2012.

UNIÃO EUROPEIA E ESTADO DE EXCEÇÃO ECONÔMICO – UM CONVITE À REFLEXÃO

*EUROPEAN UNION AND ECONOMIC STATE OF EMERGENCY – AN
INVITATION FOR REFLECTION*

*Mariana Carvalho de Ávila Negri
Advogada da União PRU/1ª região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estado de exceção contemporâneo; 2 A União Europeia e o contexto da crise econômica – breves considerações; 3 Um convite à reflexão; Referências.

RESUMO: A crise econômica vivenciada na Europa tem levado as instituições supranacionais da União Europeia a adotarem medidas excepcionais e de urgência dentro dos contextos internos de seus países membros. O cenário atual nos leva a crer na instauração do que a doutrina denomina de estado de exceção econômico, impulsionado pela crise financeira e com o objetivo precípua de salvaguardar a integração dos mercados e a economia europeia. Assim, propõe-se uma reflexão a respeito da utilização de paradigmas de exceção como técnicas de governo, atentando-se para o fato de que, muito embora o uso provisório e controlado do instituto atenda aos preceitos das constituições democráticas e seja providencial para garantir a própria integridade do ordenamento, seu exercício sistemático e regular pode prejudicar o bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Exceção Econômico. Crise. Economia. União Europeia.

ABSTRACT: The economic crisis experienced in Europe has taken the supranational institutions of the European Union to adopt exceptional and urgency measures in the internal contexts of its member countries. The current scenario leads us to believe at an establishment of what the doctrine calls “economic state of emergency”, determined by the financial crisis and with the primary objective of safeguarding the markets integration and the European economy. Looking at this context, we propose a reflection on the use of exception paradigms as techniques of government, paying attention to the fact that, although the use of temporary and controlled institute meets the precepts of democratic constitutions and be instrumental in ensuring the integrity of the law system, a systematic and regular exercise can impair the proper functioning of a democratic state.

KEYWORDS: Economic State of Emergency. Crisis. Economy. European Union

INTRODUÇÃO

Como se pode notar do período de crise que vive hoje a Europa, os mercados financeiros mundiais (não somente os dos países europeus) estão fortemente integrados. Nesse contexto, tem-se verificado a necessidade de estabelecimento de regras comuns, seja mediante a criação de instrumentos normativos comuns – como ocorre na União Europeia, onde o tema é objeto de diretivas a tal ponto detalhadas que chegam a ser reconhecidas como “self-executing” (e.g. diretivas n.93/22/CE e n. 2004/39/CE); seja por meio de tratados bilaterais; ou ainda recorrendo a instrumentos menos fortes como as “recomendações” de organismos de controle supranacionais.

Sabe-se que a disciplina comum deve se encarregar de diversas áreas, entre as quais se destacam, como essenciais, aquelas relativas à estabilidade dos intermediários e instituições financeiras; à transparência das regras de funcionamento do mercado; e à tutela do cliente-investidor (seja por meio de instrumentos de tutela preventiva, essencialmente sobre o plano da informação pré-contratual, seja mediante a tutela sucessiva, judicial e conciliadora-arbitral)¹.

Conforme destaca Gabrielli², a legislação recente, especialmente a de derivação comunitária, vem ampliando a noção de operação econômica, que passa, então, a figurar não somente como um critério hermenêutico, mas, sobretudo, como objeto direto de regulação. Assim, o legislador, superando a concepção formal do contrato singular, volta-se à disciplina da operação econômica em prol da necessidade de tutelar, pela via indireta, o próprio mercado, garantindo a proteção dos sujeitos econômicos.

Sul presupposto che il mercato necessiti di essere etero-regolato, il principio economico alla base di questi interventi è che l'efficienza del mercato non sia raggiungibile se gli scambi se realizzano tra soggetti con differenti potere economico o informativo³.

Constata-se, pois, o abandono da concepção do *laissez faire* e do *laissez contracter* também no âmbito comunitário, em nome de um direito

1 LENER, Raffaele. *Diritto del mercato finanziario*. Saggi. Turim: UTET, 2011.

2 GABRIELLI, Enrico. *Contratto, Mercato e Procedure Concorsuali*. Turim: G.Giapichelli Editore, 2006.

3 *Ibidem*, p.181. Em tradução livre: A partir do pressuposto de que o mercado necessita de uma regulamentação externa, o princípio econômico no qual se baseia essa intervenção é o de que a eficiência do mercado não é alcançável se as relações contratuais realizam-se entre sujeitos com diferentes poderes econômicos e de informação.

dos contratos que não apenas considere a exigência dos mercados, mas, conjuntamente, as falhas em seu funcionamento.

Todavia, ao passo que se verifica o fortalecimento da integração dos mercados, a necessidade crescente de criação de regras comuns e, ainda, uma intervenção indireta na regulação da economia diante das desigualdades entre os sujeitos econômicos, é possível observar também uma intensificação da intervenção direta dos Estados ou das instituições supranacionais no funcionamento dos mercados, sobretudo diante do atual momento de crise econômica pelo qual passa a Europa, levando-nos a refletir sobre a utilização de paradigmas excepcionais como técnicas de governo num contexto, talvez, do que a doutrina denomina de estado de exceção econômico.

1 ESTADO DE EXCEÇÃO CONTEMPORÂNEO

A correlação entre o conceito de estado de exceção e a noção de soberania foi levantada por Carl Schmitt, que inicia seu livro *Politische Theologie* com a famosa frase: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”⁴. A soberania, nessa esteira de ideias, seria imprescindível para afirmar uma ordem. Sim, uma ordem, uma vez que o estado de exceção não se confunde com a anarquia ou o caos, mas, ao revés, trata, muito embora possa não parecer, de algo que não pode ser concebido fora da relação com a norma⁵.

Não obstante as teses de Schmitt terem sido objeto de ampla discussão, falta, ainda nos dias atuais, uma teoria do estado de exceção no direito público. Tratando-se de um problema propriamente jurídico, a elaboração de tal tese constitui verdadeira condição para que se defina a relação que une e, ao mesmo tempo, desprende a vida da ordem jurídica. Isso porque a exceção é justamente o dispositivo original em que o direito inclui em si o vivente mediante sua própria suspensão⁶. Tal como a guerra civil, a insurreição e a resistência, o instituto situa-se num campo de interseção entre o político e o jurídico, embora venha sendo tratado como questão de fato, enquadrado exclusivamente no plano político e não no jurídico-constitucional. Desta feita, as medidas excepcionais têm enfrentado o paradoxo de serem medidas jurídicas cuja compreensão não se encontra no plano do direito e, na mesma linha de

4 SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político - Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

5 BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

6 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

raciocínio, o estado de exceção revela-se “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”⁷.

Bastante difundido é o posicionamento no sentido de o estado de exceção fundar-se na noção de estado de necessidade, esta inserida na ordem jurídica apenas com os modernos, que passaram a vislumbrá-lo como verdadeiro “estado da lei”. “O princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde sua *vis obligandi* transforma-se naquele em que a necessidade constitui, por assim dizer, o fundamento último e a própria fonte da lei”⁸.

Nessa linha de raciocínio, o estado de exceção – enquanto figura da necessidade – representa um limiar no qual fato e direito parecem indiscerníveis e, embora se revele uma figura “ilegal”, pode ser tida como perfeitamente jurídica, concretizando-se na criação de novas normas.

Por analogia, é como se se preenchesse uma lacuna, não exatamente uma lacuna normativa – aquela que em tempos normais é sanada pelo juiz –, mas uma lacuna fictícia que diz respeito à suspensão do ordenamento e, embora externa à lei, relaciona norma e realidade, voltando-se à proteção da própria aplicação do direito em época de normalidade. Pode-se dizer, então, que o estado de exceção separa a norma de sua aplicação, exatamente para possibilitar a aplicação. É criado, pois, um campo em que a aplicação da norma é suspensa, mas a lei permanece em vigor. Nas palavras de Agamben: “introduz no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”⁹.

Assim, sem, nesse momento, se adentrar em questões terminológicas, o sintagma “estado de exceção” relaciona-se com um conjunto coerente de fenômenos jurídicos, dentre os quais se sobrepõem a suspensão da própria ordem jurídica, a adoção de medidas urgentes visando à superação de estados de crise e a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário.

Em situações emergenciais, portanto, instaura-se o estado de exceção, e, em prol da salvaguarda do próprio ordenamento jurídico-constitucional, admite-se uma retração temporária do regime democrático, com a ampliação dos poderes governamentais e a atribuição ao executivo da faculdade de promulgar decretos com força de lei.

Não obstante a doutrina reconheça o estado de exceção, em sua feição moderna, como uma criação da tradição democrático-

7 AGAMBEN, op. cit., p.12.

8 *Ibidem*, p. 43.

9 *Ibidem*, p.58.

revolucionária do século XVIII, a Primeira Guerra Mundial representa um marco de extrema importância para o estudo do instituto.

A Primeira Guerra Mundial coincide, na maior parte dos países beligerantes, com um estado de exceção permanente, período em que a legislação excepcional, por meio de decretos executivos, tornou-se uma prática corrente nas democracias europeias.

Todavia, a ampliação dos poderes do executivo na esfera do legislativo prosseguiu com o fim das hostilidades características da Grande Guerra, e a questão até então militar cedeu lugar a uma demanda eminentemente econômica.

Hoje, chega-se a afirmar que o atual estado do mundo é o estado de sítio¹⁰. Vislumbra-se, portanto, que a emergência militar tenha, de fato, sido substituída pela emergência econômica dos mercados, constatando-se que muitos países vivem o que a doutrina denomina de estado de exceção econômico.

Na clássica análise de Rossiter¹¹, existem três tipos de crise em um país democrático que ameaçam a sua existência enquanto nação e enquanto democracia. Tais crises, segundo o autor, poderiam justificar os chamados poderes de exceção. Dois são os tipos tradicionais: a guerra e a rebelião. A terceira modalidade já é característica dos tempos modernos: trata-se da crise econômica, que exige ações de emergência dos governos constitucionais, podendo se tornar uma ameaça tão significativa quanto a guerra e a rebelião. Assim, segundo o autor, também no caso de crise econômica, a solução não é atingível por meios democráticos tradicionais.

Os países que vivenciam a atual crise econômica têm sido marcados pela convivência do decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais ou supranacionais, bem como pela subordinação do Estado ao mercado, com a adaptação do direito interno _ e do direito comunitário _ à demanda do capital financeiro. Conforme constata Bercovici¹², nesses países, exige-se cada vez mais flexibilidade para reduzir as possibilidades de interferência da soberania popular, uma vez que as decisões políticas fundamentais têm sido orientadas pelo mercado, diante da crise econômica atual.

¹⁰ ARANTES *apud* BERCOVICI, op.cit, p. 171.

¹¹ *Apud* BERCOVICI, op.cit., p. 172.

¹² BERCOVICI, op. cit.

2 A UNIÃO EUROPEIA E O CONTEXTO DA CRISE ECONÔMICA – BREVES CONSIDERAÇÕES

Conforme assinala Medeiros¹³, originariamente, o projeto de constituição de um mercado europeu possuía três objetivos: geopolítico, pretendendo-se a formação de um bloco político na Europa Ocidental ao redor da França, em que a Alemanha Ocidental era parte constituinte do projeto de segurança europeu; econômico, de modo a ensejar o alargamento do mercado interno, ampliando os ganhos de escala da indústria; e político-social, voltado à promoção dos direitos sociais e políticas de emprego.

Na integração europeia, portanto, as relações políticas e econômicas de sinergia e reciprocidade entre as nações tinham o intuito de afirmar e fortalecer os Estados, a partir da difusão do desenvolvimento, de modo a solucionar demandas políticas, sociais e econômicas internas, pensando, ainda, nos ganhos políticos de integração diante do jogo de poder internacional¹⁴. A ideia de integração europeia baseia-se, pois, na formação e expansão dos mercados internos, fortalecendo ganhos dinâmicos de escala e produtividade em setores de alto valor agregado e intensidade tecnológica, de modo a reduzir as diferenças tecnológicas, os custos de produção e os preços.

Sem se adentrar aos pormenores da evolução histórica da UE, destaca-se apenas que já no Tratado de Paris (1951) são percebidos valores estruturantes da economia política da integração. Por sua vez, a Comunidade Europeia do Carvão, Ferro e Aço (CECA) criada em 1952 é considerada pela doutrina como o embrião do que 42 anos depois veio se tornar a União Europeia.

Criada em 1992, com o Tratado de Maastricht, que incorporou e modificou tratados anteriores, a União Europeia, nos termos daquele diploma, deve funcionar de acordo com os seguintes objetivos:

- (1) a promoção de um progresso econômico e social equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão econômica social e o estabelecimento de uma União Econômica e Monetária, que incluirá, a prazo, a adoção de uma moeda única, de acordo com as disposições do tratado;

13 MEDEIROS, c.a. *Integração Sul-Americana e as Experiências Internacionais*. Oikos, n.5, ano V, 2006.

14 PADULA, Raphael; BARBOSA, Thiago Varanda. *A economia política da União Europeia: breves reflexões para a integração Sul-Americana*. Oikos, n. 7, ano VI, 2007.

- (2) a afirmação de sua identidade na cena internacional, nomeadamente através da execução de uma política externa e de segurança comum, que inclua a definição, a prazo, de uma política de defesa comum que poderá conduzir, no momento próprio, a uma defesa comum;
- (3) o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-membros, mediante a instituição de uma cidadania da União;
- (4) o desenvolvimento de uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos;
- (5) a manutenção da integridade do acervo comunitário e o seu desenvolvimento, a fim de analisar, nos termos do procedimento previsto no nº 2 do artigo N, em que medida pode ser necessário rever as políticas e formas de cooperação instituídas pelo Tratado, com o objetivo de garantir a eficácia dos mecanismos e das Instituições da Comunidade¹⁵.

Nota-se, portanto, a partir do disposto no referido tratado, os traços da economia política da União Europeia: no setor econômico, a construção de um grande mercado interno em prol do progresso econômico e social; na seara geopolítica, a vontade de fortalecer uma “identidade” no sistema internacional. Nesse contexto, fala-se em uma transferência de soberania dos Estados-membros para autoridades comunitárias, a partir, sobretudo, de um processo negociado, em que é considerado o interesse nacional dos diferentes membros¹⁶.

O campo jurídico, por sua vez, também assume novos contornos dentro do processo de integração. Criam-se instrumentos de harmonização jurídica para solucionar conflitos e até mesmo para consolidar concordâncias quanto à regulação das atividades dos países membros. Trata-se do direito comunitário, um direito diferente daquele das ordens nacionais, que se conforma a partir e pela aproximação dos ordenamentos internos.

Deve-se ter em mente que a aproximação legislativa significa uma compatibilização de ordens jurídicas nacionais em prol de objetivos comuns, pela vocação internacional das relações humanas, balizadas

¹⁵ Tratado da União Europeia, Artigo B.

¹⁶ PADULA, op. cit.

pelo direito¹⁷. Assim, entende a doutrina que o conceito de aproximação abrange tanto a coordenação quanto a harmonização do direito¹⁸.

Nesse contexto, a ordem da União Europeia _ o direito comunitário _ segue traços bastante próprios, marcados pela sua estrutura supranacional e por uma esfera de jurisdição, gestão e principiologia diferenciada dos ordenamentos internos dos Estados que a compõem. Assim, considera-se que o direito da UE, por configurar uma ordem jurídica própria e independente, é dotado de primazia sobre as normas nacionais, sendo diretamente aplicável aos indivíduos e Estados membros, prescindindo de sua internalização pelos ordenamentos individualmente considerados¹⁹.

Assim, verificou-se o cumprimento da meta de aproximação legislativa prevista no Tratado de Roma (arts. 100, 100-A, 100-B, 101 e 102), e, nos termos do art. 249 do Tratado das Comunidades Europeias (TCE), conferiu-se ao Parlamento Europeu²⁰, aos Conselhos Europeus e da UE²¹, e à Comissão Europeia²² competência para editar regulamentos e diretivas, formular recomendações e pareceres e tomar decisões no âmbito institucional europeu. Em poucas palavras, estes instrumentos de aproximação normativa consolidaram o direito derivado comunitário.

17 DAVID, René. *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Paris: Librairie Generale de Droit du Jurisprudence, 1950.

18 MONACO, Riccardo. *Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen*. Revue Internationale de Droit Comparé, v. 12, n.1, janvier-mars/1960, p. 65-65; SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Métodos de harmonização legislativa na UE e no MERCOSUL: uma análise comparativa. In: BASSO, Maristela (coord.). *MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 123; CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de Harmonização e Uniformização do Direito. In: _____. ARAUJO, Nádia de (coord.). *Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, São Paulo: LTR, 1998, p. 77-105.

19 Pode-se dizer que tal entendimento restou consolidado nos julgados do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias nos casos Van Gend em Loos, de 1963, e Simmenthal, de 1978, dentre outros, nos quais se afirmou a aplicabilidade direta do direito comunitário.

20 O Parlamento Europeu é um órgão de decisão e direção, possuindo competência para o controle político das atividades comunitárias.

21 Os Conselhos Europeus e da UE são órgãos de direção e execução no âmbito comunitário. O Conselho Europeu reúne os Chefes de Estado ou de Governo de Estado, bem como o Presidente da Comissão. Já o Conselho da União Europeia é composto por um representante ministerial de cada Estado Membro.

22 A Comissão Europeia é um órgão de direção e execução, todavia constitui instituição de cunho eminentemente técnico, composta por altas personalidades nomeadas pelos Estados Membros, embora independentes destes.

Constata-se, portanto, que em função dessas características particulares, o direito comunitário foi consolidado e obteve eficácia, sendo aplicado e observado por todos os países membros.

Todavia, atualmente, a Europa tem vivenciado uma crise econômica de enormes proporções, frente a qual as instituições supranacionais têm assumido uma postura de ingerência no mercado, a partir de uma regulação direta da economia por meio de medidas de urgência, o que nos leva a refletir a respeito de uma possível experimentação do chamado de estado de exceção econômico no âmbito da União Europeia.

Tem-se observado que os países membros da União Europeia estão convivendo com um decisionismo de emergência por parte dos organismos supranacionais em prol da salvaguarda da integração dos mercados e da economia do “bloco”. Nesse contexto, é possível constatar a subordinação dos Estados membros (de seu direito interno e de sua população), às exigências do mercado, com a adaptação do direito comunitário à demanda do capital financeiro. Nesses países, exige-se cada vez mais flexibilidade, reduzindo, inclusive, as possibilidades de interferência da soberania dos próprios Estados-membros na defesa dos interesses de sua população, uma vez que as decisões políticas fundamentais têm sido adotadas pelas instituições supranacionais a partir da orientação do mercado, diante da crise econômica atual.

Em outubro de 2008, afetados diretamente pela crise mundial²³, a Alemanha, a França, a Áustria, os Países Baixos e a Itália anunciaram pacotes que chegaram ao montante de 1,17 trilhão de euros em ajuda aos seus sistemas financeiros. O PIB da Zona do Euro teve uma queda de 1,5% no quarto trimestre de 2008, em relação ao trimestre anterior, a maior contração da história da economia da zona.

Nesse contexto, em meio a tentativas para resolver a crise que já vinha se arrastando por mais de três anos, em outubro de 2011, os líderes do governo no âmbito da União Europeia elaboraram um plano para ajudar a solucionar os problemas financeiros. As medidas foram destinadas a restabelecer a confiança do mercado e dos investidores, abordando algumas das principais tensões afetas aos mercados

²³ Muito embora haja opiniões em sentido diverso, atribuindo a origem da crise econômica a fatores anteriores à crise das instituições financeiras norte-americanas, pode-se dizer, em linhas gerais, que a crise econômica de 2008-2012 é também um desdobramento da crise financeira internacional precipitada pela falência do tradicional banco de investimento estadunidense Lehman Brothers, fundado em 1850. Em efeito dominó, outras grandes instituições financeiras quebraram, no processo também conhecido como “crise dos *subprimes*” (Wessel, David. “Did ‘Great Recession’ Live Up to the Name?”, *The Wall Street Journal*, 2010-04-08. Evans-Pritchard, Ambrose. “IMF fears ‘social explosion’ from world jobs crisis”, *The Daily Telegraph*, 2010-09-13. Zuckerman, Mortimer. “Why the jobs situation is worse than it looks”, *US News*, 2011-06-20.

financeiros. Uma importante resolução foi a anulação da dívida da Grécia em 50%, de 350 bilhões para 100 bilhões de euros. Restou estabelecido que, até 2020, a dívida grega será reduzida para 120% do PIB, bem como decidiu-se acerca da implementação de um novo programa da União Europeia e do Fundo Monetário Internacional (FMI) de até 100 bilhões de euros. Sobre o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (EFSF), foi criada uma barreira de proteção contra o contágio, mediante um acordo para multiplicar em até cinco vezes o poder financeiro do Fundo, para socorrer países e bancos em dificuldade. No mesmo pacote de medidas, foi elaborado também um acordo para a recapitalização dos bancos que precisassem de mais capital, estabelendo-se que os bancos teriam que alcançar um nível de 9% de capital de melhor qualidade até junho de 2012. Ficou acertado, ainda, o começo da governança econômica da zona do euro, sendo determinado que todos os países teriam que adotar a “regra do ouro”, que significa manter as contas públicas equilibradas. A Itália, por sua vez, apresentou um amplo programa para equilibrar seu orçamento até 2013. Uma das medidas propostas foi o aumento da idade de aposentadoria para 67 anos até 2026²⁴.

Assim, numa sucinta análise, a resposta à crise financeira, de certa forma, agravou a crise social. A determinação pela União Europeia no sentido de reduzir drasticamente os gastos públicos, exigindo que o déficit fiscal não ultrapasse a 3% por três anos consecutivos, inevitavelmente, ocasionou impactos bastante significativos nas populações dos países membros.

A Grécia, por exemplo, seguindo as determinações da União Europeia e do FMI adotou, em 2010, um plano de ajuste econômico e social, com o objetivo de cumprir as metas fiscais do bloco europeu, o que levou ao aumento de impostos e à retração dos salários. Em dezembro de 2011, o parlamento grego lançou um novo plano, também em observância às determinações da União Europeia, que acentuou as medidas anteriores. A redução salarial para servidores chegou a 30%, houve o corte de benefícios a desempregados e, ainda, o cancelamento de um programa de combate à pobreza iniciado em 2009. Nesse contexto, o governo grego intensificou o processo de privatização de empresas e bens públicos, o que, segundo alguns, agravou o déficit fiscal, considerando que, antes da crise, as estatais haviam sido uma das principais fontes de rendimentos para o Estado²⁵.

24 Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/1071764/lideres-europeus-fecham-pacote-contracrise-financeira>>. Acesso em: 22 set. 2012.

25 Disponível em: <<http://www.boitempoeditorial.wordpress.com/2012/03/12/crise-europeia-e-austeridade-fiscal>>. Acesso em 22 out. 2012

Medidas de austeridade fiscal e liberalização da economia também ocorreram na Espanha, em Portugal e na Itália e foi deflagrada a reforma do setor previdenciário em vários países da Europa, com o aumento da idade da aposentadoria e a redução dos benefícios²⁶.

Dessa forma, tomando como exemplo o caso da Grécia, vislumbra-se a adoção de medidas de emergência impostas pelas demandas do mercado europeu, em detrimento da autonomia do Estado membro e da soberania popular para estabelecer políticas monetárias e medidas protecionistas e desenvolvimentistas. As injeções de dinheiro, tanto do Banco Central Europeu quanto do Fundo Monetário Internacional, em países como a Grécia, ocorreram juntamente com condições estabelecidas pela União Europeia e com a determinação de objetivos a serem cumpridos, sobretudo no que tange a garantias de solvência a credores e à liberalização da economia, reforçando, inclusive, a dependência econômica em relação aos países centrais da União Europeia.

A partir dessa breve e perfunctória análise, é possível cogitar-se da instauração de um estado de exceção econômico, considerando as lições de Agamben²⁷ e Bercovici²⁸, dentro do contexto próprio e peculiar da União Europeia. Verifica-se, claramente, a ampliação dos poderes das instituições supranacionais que vêm adotando medidas excepcionais e de urgência em resposta à crise econômico-financeira, o que nos leva a refletir sobre o fenômeno, bem como sobre a situação até mesmo no atual cenário brasileiro.

3 UM CONVITE À REFLEXÃO

Conforme já ressaltado, a crise econômica constitui, legitimamente, uma das modalidades de crise que exige ações de emergência dos governos constitucionais, podendo se tornar uma ameaça tão significativa quanto a guerra e a rebelião. Assim, segundo o Rossiter²⁹, também nos casos de crise econômica, a solução pode não ser atingível por meios democráticos tradicionais.

A crise que assola a Europa tem se mostrado um exemplo em que se admite a adoção de medidas excepcionais para a salvaguarda da integração dos mercados e da própria economia europeia.

²⁶ Disponível em: <<http://www.boitempoeditorial.wordpress.com/2012/03/12/crise-europeia-e-austeridade-fiscal>>. Acesso em 22/10/2012.

²⁷ Op. cit.

²⁸ Op. cit.

²⁹ *Apud* BERCOVICI, op. cit.

Todavia, a questão deve ser vista com muita cautela. Com a globalização, a instabilidade econômica aumentou e a utilização das medidas de emergência para sanar as crises econômicas passou a ser uma prática habitual dos governos, revelando características próprias de um estado de exceção econômico, com um viés, entretanto, permanente.

José Luís Fiori³⁰ chega a destacar que os países latino-americanos, atingidos profundamente pela globalização, vêm perdendo sua margem de manobra e convivendo com crescentes ameaças à sua própria unidade nacional, sendo vítimas, além da crise econômica interna, de fatores externos de instabilidade econômica.

Atualmente, tem-se verificado que o estado de exceção está se espalhando, tendendo a ser utilizado em situações de normalidade, como técnica corrente de governo. “Desta forma, o estado de exceção está se tornando uma estrutura jurídico-política permanente e o paradigma dominante de governo na política contemporânea, com a ameaça de dissolução do Estado”³¹.

O que se observa é que os poderes discricionários do executivo são mais plausíveis em momentos de emergência, em especial, para os países dependentes do Fundo Monetário Internacional e da Organização Mundial do Comércio, justamente por constituírem poderes de exceção sem contrapartida.

Nas lições de Agamben, assinala-se a tendência do mundo atual de utilizar tal paradigma de segurança como técnica de governo.

Diante do incessante avanço que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo³².

Assim, conforme já mencionado, para Agamben³³, o estado de exceção reflete a defesa do direito por meio da suspensão do próprio

30 *Apud* BERCOVICI, op. cit.

31 BERCOVICI, op. cit., p.180.

32 Agamben, op. cit., p.13.

33 Op.cit.

direito. Em épocas de crise, altera-se o governo constitucional para que se neutralize o perigo e retome o status de normalidade.

Entretanto, o que deveria compor uma situação excepcional vem sendo adotado como regra, levando à instauração do que a doutrina classifica como estado de exceção permanente. Restringem-se direitos dos cidadãos e sobrepõe-se um poder estatal aos demais por tempo indefinido e sem motivação plausível.

Nessa ordem de ideias, mostram-se bastante pertinentes as observações de Bobbio³⁴, que, ao analisar o contexto italiano dos anos 80, constatou a utilização de paradigmas excepcionais como prática usual do Estado na época, tomando como “normal, o que na sua origem seria excepcional”, o que o autor chegou a classificar como crise de governo. Em aberta crítica à situação italiana daquele período, o autor destaca que a dissolução do parlamento estava se tornando uma praxe, o que como evento isolado poderia ser considerado providencial, todavia, como hábito, seria uma “aberração”.

A rápida passagem de uma crise de governo para outra é um aspecto de um fenômeno mais geral, que é tomar como normal, o que na sua origem, é excepcional. Diz-se que na Itália nada há de mais definitivo que o provisório. Para completar o quadro da ‘peculiaridade’ do caso italiano, poderíamos acrescentar que na Itália não existe nada mais normal que o excepcional.

Damos alguns exemplos. É fora de dúvida que a dissolução antecipada de uma legislatura é constitucionalmente um evento excepcional. Pois bem, depois de quatro legislaturas chegadas naturalmente ao fim, houve três outras truncadas antes do tempo. Entre estas, a terceira durou menos do que as duas primeiras. A quarta, se continuar com as dificuldades que até aqui se apresentou, está arriscada a durar ainda menos que a terceira. Imaginemos a quinta! A dissolução do Parlamento está se tornando uma praxe: como evento isolado pode ser providencial, mas como praxe é uma aberração.

Há um outro exemplo. É fora de dúvida que os decretos-leis devem ser considerados como forma excepcional de produção normativa e justificados exclusivamente pela necessidade e pela urgência. Numa pesquisa recente, da autoria de F. Cazzola e M. Morisi (“A decretação de urgência contínua de Andreotti a Cossiga”), publicada no número

34 BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 212.

de janeiro-fevereiro de 1981 da nova revista *Laboratório Político*, lê-se que, enquanto nos primeiros 24 anos se promulgaram 291 decretos-leis, no decurso dos últimos oito anos foram produzidos e publicados 360, e entre julho de 1979 e setembro de 1980, ou seja, pouco mais de um ano, cerca de 90³⁵.

Demonstrando sua preocupação com a utilização corriqueira de medidas excepcionais no cenário italiano dos anos 80 e suas consequências, o autor complementa com mais um exemplo:

Finalmente, a “rajada” de referendos. Após decênios de forçada abstinência por inadimplência constitucional e depois de alguns anos de rodagem que se seguiram à lei institutiva (1970), estamos caminhando, sobretudo por iniciativa do partido radical, que provoca análogas contra-iniciativas de seus adversários, para a multiplicação monstruosa de convocações para as urnas a fim de dar opinião sobre assuntos mais díspares. Sendo, porém, o sistema italiano de natureza parlamentar, é óbvio que as leis se fazem e eventualmente se desfazem no Parlamento. Se não quisermos desacreditar o Parlamento, o procedimento do referendo deve ser aplicado com ponderação. Se assim não for, ocorrerá uma “sobrecarga” de participação que poderá gerar como resposta o fenômeno da apatia política, do qual não estamos muito longe³⁶.

Assim como constata Bobbio, entende-se que a questão deve ser enxergada com muito cuidado, assinalando-se que a utilização desmedida de paradigmas de segurança, de modo a admitir a retração do regime democrático e a ampliação dos poderes governamentais, pode ensejar consequências bastante negativas para a ordem de um país.

Nesse sentido, o que se busca com a presente reflexão é justamente ressaltar que, embora a utilização controlada do instituto, dentro de um contexto efetivamente excepcional, mostra-se compatível com as constituições democráticas e até mesmo providencial, sua transformação em uma estrutura jurídico-política permanente pode ser prejudicial a um Estado Democrático de Direito.

Deve-se ter em mente, portanto, que, não obstante o uso provisório e controlado do instituto atenda aos preceitos das constituições democráticas, seu exercício sistemático e regular pode levar, inclusive,

35 BOBBIO, op. cit., p. 212-213.

36 *Ibidem*, p.213.

à liquidação da democracia, não se podendo perder de vista que os fundamentos, os princípios e as normas que compõem o Estado, estes sim, devem ser observados e respeitados de forma permanente.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. *Constituição Econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Polis, 1989.

_____. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 4ª Edição, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de Harmonização e Uniformização do Direito. In: ARAUJO, Nádia de (coord.). *Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, São Paulo: LTR, 1998.

DAVID, René. *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Paris: Librairie Generale de Droit du Jurisprudence, 1950.

Evans-Pritchard, Ambrose. *IMF fears social explosion from world jobs crisis*. In: The Daily Telegraph, 13/09/2010.

GABRIELLI, Enrico. *Contratto, Mercato e Procedure Concorsuali*. Turim: G.Giapichelli Editore, 2006.

GOMES, Joséli Fiorin. *Harmonização Jurídica na União Europeia e no Mercosul: A Dialética Construção da Integração Regional*. Disponível em: <[http:// www. publicadireito.com.br/artigos/?cod=06138bc5af602364](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=06138bc5af602364)>. Acesso em 10/09/2012.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. De José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LENER, Raffaele. *Diritto del mercato finanziario*. Saggi. Turim: UTET, 2011.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MEDEIROS, C.A. Integração Sul-Americana e as Experiências Internacionais. *Oikos*, n. 5, ano V, 2006.

MONACO, Riccardo. Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 12, n.1, janvier-mars/1960.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murahco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Moreira, Assis. *Líderes Europeus Fecham Pacote Contra a Crise Financeira*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/finanças/1071764/lideres-europeus-fecham-pacote-contra-crise-financeira>>. Acesso em 25/09/2012.

PADULA, Raphael; BARBOSA, Thiago Varanda. A economia política da União Europeia: breves reflexões para a integração Sul-Americana. *Oikos*, n. 7, ano VI, 2007.

PESCHANSKI, João Alexandre. *Crise Europeia e Austeridade Fiscal*. Disponível em: <<http://www.boitempoeditorial.wordpress.com/2012/03/12/crise-europeia-e-austeridade-fiscal>>. Acesso em: 22 out. 2012.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político - Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Métodos de harmonização legislativa na UE e no MERCOSUL: uma análise comparativa. In: BASSO, Maristela

(coord.). *MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

UNIÃO EUROPEIA. *Versão consolidada do Tratado da UE e do Tratado que institui a União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:020:pt:PDF>>. Acesso em 30/09/2012.

_____. *Causa 26/62 – Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61962J0026>. Acesso em 22/10/2012.

_____. *Causa 106/77 – Spa Simmenthal v Amministrazione delle Finanze dello Stato*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:IT:HTML>>. Acesso em 22/10/2012.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002 (Apresentação)

WESSEL, David. Did “Great Recession” Live Up to the Name? *In: The Wall Street Journal*. 08 abr. 2010.

ZUCKERMAN, Mortimer. Why the jobs situation is worse than it looks. *In: US News*, 20 jun. 2011.

ENGENHARIA JURÍDICA NA CONSTRUÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA: FLEXIBILIDADE VERSUS RIGIDEZ

*JURIDICAL ENGINEERING IN THE BUILDING OF THE EUROPEAN
UNION: FLEXIBILITY VS. RIGIDITY*

Rosa Mettifogo
Procuradora da Fazenda Nacional
Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 Alguns dados da formação da União Européia; 2 Antecedentes da formação do Euro; 3 Uma área monetária única; Referências.

RESUMO: Ao longo do processo de constituição da União Europeia, tanto a técnica negocial como a jurídica pautaram-se por um princípio de flexibilidade e respeito às diferenças existentes entre seus membros e aos interesses muitas vezes contrapostos, em razão das condições históricas da formação da EU. À semelhança da construção de uma ponte, que perdura no tempo exatamente por ser flexível, reconhecendo o comportamento diferenciado dos diversos tipos de materiais empregados, e assim, permite o amoldamento de suas partes às alterações de temperatura, a notável engenharia jurídica que norteou a construção dessa aliança tão próxima entre os países, ganhou sua solidez exatamente por ser sensível às diferentes respostas dadas pelos componentes às diferentes pressões. Entretanto, na criação da moeda única, foi excepcionada essa dinâmica. Em vez do respeito às condições específicas de cada país, permitindo-se a cada Estado uma governança própria de sua realidade, o euro pautou-se pela rigidez, sendo imposta uma conduta única a todos, sem o cuidado para com as diferenças da realidade econômica de cada Estado-membro, quanto a dívida pública, fatores inflacionários e outros. Essa moeda encontra-se desprovida de mecanismos de gestão que qualquer política monetária única requer, dificultando sua adaptação às alterações econômicas.

PALAVRAS-CHAVE: União. Europeia. Formação. Flexibilidade. Rigidez. Crise. Euro.

ABSTRACT: Throughout the process of constitution of the European Union, both the legal and technical negotiating technique were guided by a principle of flexibility and respect for differences among its members and often opposing interests, due to the historical conditions of the formation of the EU. Like the construction of a bridge, that endures in time just by being flexible, recognizing the different behavior of different types of materials employed, and thus allows the adaptation of its parts to temperature changes, the remarkable juridical engineering that guided the construction of this alliance so close between countries gained their strength just by being sensitive to different responses by components at different pressures. However, the unified currency excepted this dynamic. Instead of respecting the specific conditions of each country, allowing up to each State a governance of their own reality, the euro was characterized by rigidity, and imposed a single conduit to all, without caring for the differences of economic reality of each member State, as public debt,

inflation and other factors. This currency is devoid of management mechanisms that any unified monetary policy requires, making it difficult to adapt to economic changes.

KEYWORDS: European. Union. Constitution. Flexibility. Rigidity. Crisis. Euro.

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura mostrar como, ao longo do processo de constituição da União Europeia, tanto a técnica negocial como a jurídica pautaram-se por um princípio de flexibilidade e respeito às diferenças existentes entre seus membros e aos interesses muitas vezes contrapostos. As próprias condições históricas da formação da UE deram ensejo a esse modo de relacionamento. À semelhança da construção de uma ponte, que perdura no tempo exatamente por ser flexível, reconhecendo o comportamento diferenciado dos diversos tipos de materiais empregados, e assim, permite o amoldamento de suas partes às alterações de temperatura, a notável engenharia jurídica que norteou a construção dessa aliança tão próxima entre os países, ganhou sua solidez exatamente por ser sensível às diferentes respostas dadas pelos componentes às diferentes pressões.

Entretanto, no que diz com a criação da moeda única, foi excepcionada essa dinâmica. Em vez do respeito às condições específicas de cada país, permitindo-se a cada Estado uma governança própria de sua realidade, o euro pautou-se pela rigidez, sendo imposta uma conduta única a todos, sem o cuidado para com as diferenças que cada Estado-membro tem em seu orçamento, sua gestão da moeda, sua dívida pública. Essa moeda encontra-se desprovida de mecanismos de gestão que qualquer política monetária requer, sem os quais não se torna possível sua adaptação às alterações econômicas.

1 ALGUNS DADOS DA FORMAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

O alongamento no tempo da formação das primeiras estruturas comunitárias permitiu uma experimentação dos institutos, com progressos e retrocessos, reavaliação dos objetivos, considerando o espaço permitido pela realidade concreta de cada país. Assim, ao sucesso da criação da CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), com o Tratado de Paris, de 1951, assinado pelos seus países fundadores da UE, França, Itália, Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Holanda, seguiu-

se o fracasso de uma iniciativa comum para a criação de um exército integrado europeu, em 1952 (CED – Comunidade Europeia de Defesa) ante a recusa do parlamento francês em ratificar o tratado. Apenas em 1957 haverá a criação da CEE (Comunidade Econômica Europeia) e da Euratom (Comunidade Europeia para a Energia Atômica) com o Tratado de Roma, que entra em vigor no ano seguinte.

Esses embriões da União Europeia encontraram um obstáculo na política “Europa das Nações”, do General De Gaulle (na presidência de 1959 a 1969) que se opunha sistematicamente a qualquer renúncia a alguma parcela de soberania. Instituiu-se, nesse período, as votações por unanimidade nas instâncias deliberativas destas entidades, e não por maioria, o que dificultava a tomada de decisões. Foi a época da chamada “crise da cadeira vazia”, caracterizada por uma abstinência deliberada nas votações comunitárias. Igualmente a entrada do Reino Unido na comunidade europeia foi dificultada nessa época. Apenas com a subida ao poder de Georges Pompidou, o processo de integração volta a se desenvolver, tanto qualitativamente, com o aperfeiçoamento mais célere das instituições existentes, como quantitativamente, com o ingresso de novos Estados, em 1973 (Reino Unido, Irlanda e Dinamarca).¹

O Tratado de Roma previa a sua implementação em três etapas, ao longo de doze anos, de maneira que o Mercado Comum Europeu pudesse ir se instaurando gradativamente, por meio de uma aproximação das políticas econômicas dos países envolvidos. Primeiramente, tratava-se de estabelecer uma união aduaneira, o que inclui não só a supressão das barreiras tarifárias entre os membros, mas também o estabelecimento de tarifas comuns entre a área do tratado e terceiros. Além disso, se fez necessária a criação de medidas para a aproximação da legislação e do estabelecimento de políticas econômicas comuns, tais como, sabidamente, a política econômica agrícola, a política de transportes e outras, visando assegurar condições mínimas de livre concorrência no mercado comum. O MCE teve como bases o que ficou conhecido como as quatro liberdades, instauradas paulatinamente ao longo de todo o processo de constituição da União Europeia, que são as liberdades de circulação de mercadorias, capitais, pessoas e prestação de serviços. Na realidade, muitas das diretivas fixadas então estão se concretizando apenas no momento atual, após a ratificação, sobretudo, do Tratado de Maastricht, que cria a União Europeia.

¹ Strozzi, Girolamo e Mastroianni, Roberto. “Origine e sviluppo dell’integrazione europea”, in *Diritto dell’Unione Europea*, p. 4, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

Na década de sessenta e setenta, verifica-se que não houve significativas ampliações seja do número de componentes das comunidades, seja a ratificação de grandes tratados. Entretanto, embora haja uma aparente paralisação, vê-se nessa época do início do processo de integração um rearranjo dos órgãos comunitários. Se, até então, cada Comunidade tinha instituições próprias, passaram a ter uma direção comum, em 1965; As comunidades passam a ter autonomia orçamentária em 1970; no tocante ao Parlamento, nota-se um alargamento de suas funções e, em 1979, seus membros passam a ser eleitos diretamente, tornando-se uma instância representativa dos cidadãos europeus. Esses são apenas alguns exemplos de como, mesmo nessa fase de aparente ausência de evolução, estavam-se operando modificações internas que iriam propiciar as bases para um ulterior desenvolvimento.

As discussões então se centravam nos conflitos entre a necessidade de uma maior integração, contrapondo-se à manutenção da soberania dos Estados-Membros; a necessidade de uma autonomia dos órgãos comunitários, para que esses tivessem efetividade, mas ao mesmo tempo, fossem democráticos e permeáveis às demandas dos governos e dos cidadãos. Assim é que a comunidade vai se fundando nas bases de uma Comissão autônoma, de caráter supostamente técnico, representando os interesses comunitários; de um Conselho, composto pelos ministros de Estado, representando os governos e de um Parlamento, representando os cidadãos. Este último irá, paulatinamente, agregar mais competências e poderes, tornando-se seus membros, posteriormente, eleitos pelo voto direto. À parte isso, temos também a Corte de Justiça, como órgão judiciário.

Sob o empuxo dessas forças opostas, de integração/manutenção da soberania; interesses locais/interesses comunitários; mecanismos democráticos/mecanismos de efetividade foi se dando a evolução do ordenamento jurídico e das instituições da EU. Esse processo também é influenciado pelas circunstâncias externas. Períodos de crise internacional, como o início da década de setenta, com o choque do petróleo, tornam mais difícil a abdicção de interesses próprios em prol do comunitário, gerando uma maior lentidão no processo.

Confira-se a sequência dos tratados mais importantes firmados no processo de constituição da União Europeia, após os dois já mencionados, para que se perceba que apenas a partir de 1986 serão ratificados aqueles que aduziram inovações substanciais:

- *Tratado de Bruxelas, denominado “Tratado de Fusão” (1965)*
Este Tratado substitui os três Conselhos de Ministros (CEE,

CECA e Euratom), por um lado, e as duas Comissões (CEE, Euratom) e a Alta Autoridade (CECA), por outro, por um Conselho único e uma Comissão única. Para além desta fusão administrativa, verifica-se o estabelecimento de um orçamento de funcionamento único.

- *Tratado que altera algumas disposições orçamentais (1970)*
Este Tratado substitui o sistema de financiamento das Comunidades por contribuições dos Estados-Membros pelo sistema dos recursos próprios. Institui igualmente um orçamento único para as Comunidades.
- *Tratado que altera algumas disposições financeiras (1975)*
Este Tratado confere ao Parlamento Europeu o direito de rejeitar o orçamento e de dar quitação à Comissão no que respeita à sua execução. Institui igualmente um Tribunal de Contas único para as três Comunidades, que constitui um organismo de controlo contabilístico e de gestão financeira.
- *Tratado sobre a Groenlândia (1984)*
Este Tratado põe termo à aplicação dos Tratados do território da Groenlândia e estabelece relações especiais entre a Comunidade Europeia e esse território, tomando como base o regime aplicável aos territórios ultramarinos.
- *Acto Único Europeu (1986)*
O *Acto Único Europeu* constitui a primeira grande reforma dos Tratados. Permite o alargamento dos casos de votação por maioria qualificada no Conselho, o reforço do papel do Parlamento Europeu (procedimento de cooperação) e o alargamento das competências comunitárias. Introduce o objectivo de realização do mercado interno até 1992.
- *Tratado sobre a União Europeia, designado por “Tratado de Maastricht”(1992)*
O *Tratado de Maastricht* congrega numa só entidade, a União Europeia, as três Comunidades (Euratom, CECA, CEE) e as cooperações políticas institucionalizadas nos domínios da política externa, da defesa, da polícia e da justiça. A CEE passa a designar-se por CE. Além disso, este tratado cria a União Económica e Monetária, institui novas políticas comunitárias (educação, cultura)

e alarga as competências do Parlamento Europeu (procedimento de co-decisão).

- *Tratado de Amsterdam (1997)*

O Tratado de Amsterdam permite alargar as competências da União mediante a criação de uma política comunitária de emprego, a comunitarização de uma parte das matérias que eram anteriormente da competência da cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos, as medidas destinadas a aproximar a União dos seus cidadãos e a possibilidade de formas de cooperação mais estreitas entre alguns Estados-Membros (cooperações reforçadas). Alarga, por outro lado, o procedimento de co-decisão, bem como a votação por maioria qualificada, e procede à simplificação e a uma nova numeração dos artigos dos Tratados.

- *Tratado de Nice (2001)*

O *Tratado de Nice* está essencialmente consagrado às questões que ficaram por resolver em Amesterdão, ou seja, aos problemas institucionais ligados ao alargamento que não foram solucionados em 1997. Trata-se da composição da Comissão, da ponderação dos votos no Conselho e do alargamento dos casos de votação por maioria qualificada. Simplifica igualmente o recurso ao procedimento de cooperação reforçada e torna mais eficaz o sistema jurisdicional.

- *Tratado de Lisboa (2007)*

O *Tratado de Lisboa* implementa amplas reformas. Acaba com a Comunidade Europeia, elimina a antiga arquitectura da UE e efectua uma nova repartição das competências entre a UE e os Estados-Membros. O modo de funcionamento das instituições europeias e o processo de decisão são igualmente sujeitos a modificações. O objectivo é melhorar a tomada de decisões numa União alargada a 27 Estados-Membros. O Tratado de Lisboa vem ainda introduzir reformas em várias políticas internas e externas da UE. Permite, nomeadamente, que as instituições legislem e tomem medidas em novos domínios políticos.²

No tocante ao ingresso de novos Estados-Membros, a sequência foi a da entrada do Reino Unido, Dinamarca e Irlanda em 1973. Em 1979 dá-se a adesão da Grécia e apenas em 1985 entram Espanha e Portugal. Áustria, Finlândia e Suécia ingressam em 1994. Após a queda do Muro

² http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_pt.htm

de Berlim, há a adesão dos países do Leste, com uma grande ampliação em 2003, quando aderem à Comunidade Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia e República Tcheca, além de Malta e Chipre. Por fim, os últimos membros até o momento, Bulgária e Romênia, entram em 2005, totalizando, até o momento, vinte e sete países.

Para conciliar todos esses interesses, muitas vezes conflitantes, fez-se necessária uma notável engenharia jurídica. Um dos instrumentos utilizados foi a cláusula de *opting out*, ou cláusula de exclusão. Por meio desse instrumento, um determinado Estado-Membro pode optar por não aderir a um determinado setor da cooperação comunitária.

A Dinamarca fez uso dessa possibilidade, para solucionar o impasse criado pelo “não” ao referendado ao Tratado de Maastricht. Em negociações, solucionou-se as reservas da população à questão da defesa, por seu perfil pacifista, e também a questão da não-adesão ao Euro. Assim, o país aderiu ao tratado em seu todo, excluídos, porém, esses dois tópicos. O mesmo fez o Reino Unido, com relação à moeda única.

Um outro exemplo dessa construção, por meio da qual se procuram equacionar as diversas pressões, é o alicerçamento da União Europeia, a partir desse mesmo Tratado de Maastricht, sobre três pilares. O primeiro deles são as instituições comunitárias anteriormente existentes, que foram, assim, incorporadas ao novo modelo. Estas representam os interesses comuns. O segundo e o terceiro pilares são constituídos a partir da cooperação inter-governamental, e são a PESC (Política Exterior e Segurança Comum) e a JAI (Justiça e Assuntos Internos). Nas instâncias representando o interesse comum, as decisões são tomadas por maioria, naquelas representando o interesse dos governos, as decisões são tomadas consensualmente. Por meio desse sistema, intenta-se contrabalançar dos interesses conflitantes (governos/interesses comunitários) possibilitando sua manifestação e, ao mesmo tempo, a obtenção de consensos, a fim de que concretizar os escopos comunitários.

A partir do Tratado de Amsterdam, criou-se ainda o mecanismo da cooperação reforçada, com o correspondente oposto, a cláusula de salvaguarda. A cooperação reforçada permite que, Estados que desejem uma cooperação mais próxima possam fazê-lo, independente dos demais. A cláusula de salvaguarda, por sua vez, permite que os Estados que não queiram aderir a uma norma comum tenham essa possibilidade, sob a alegação de motivos de política interna. Caberá à Corte de Justiça avaliar a procedência de tal alegação, evitando, assim, abusos desse direito.

Mas, talvez, a grande forma de flexibilização dessa estrutura que é a União Europeia advenha da tradição democrática arraigada na Europa Ocidental. É essa cultura democrática que permite submeter

as grandes deliberações aos plebiscitos e referendos, e permite que os diversos países tenham espaço para colocarem suas reservas e obstáculos internos ao processo de integração.

Até que ponto, em questões sensíveis como a criação de uma moeda única, há realmente uma permeabilidade aos interesses minoritários ou àqueles dos países mais frágeis economicamente, é uma questão que analisaremos a seguir.

2 ANTECEDENTES DA FORMAÇÃO DO EURO

A moeda única europeia foi o resultado de um longo processo de amadurecimento dessa ideia, o que não necessariamente resultou em que esse projeto tenha reunido as condições históricas necessárias para a sua consecução. O processo teve início logo após a Segunda Guerra Mundial, em que o dólar surge como a moeda forte mundial. Para fazer face ao seu predomínio, e obter a convertibilidade das moedas europeias entre si, após algumas tentativas falhas, cria-se a UEP – União Europeia de Pagamentos, em 1950. Essa era uma forma de a Europa atenuar os efeitos do sistema de Bretton-Woods, fazendo frente à hegemonia americana e fugir à alçada do FMI, por meio do qual os EUA a exerciam.

O sistema criado na convenção realizada em 1944, na cidade de Bretton-Woods, que criava uma paridade fixa das demais moedas em relação ao dólar, com margem de flutuação de $\pm 1\%$, era imensamente vantajoso para os EUA. Embora o dólar estivesse, em tese, atrelado ao lastro em ouro, era possível fazê-lo flutuar segundo as necessidades internas americanas, e os outros países é que tinham de se adaptar a tais alterações. Na prática, era uma forma de os Estados Unidos exportarem seus problemas para o resto do mundo. Embora o acordo não tenha sido rigorosamente cumprido por todos, tendo havido inevitáveis quebras da banda de flutuação, o dólar assumiu inegavelmente o papel de uma moeda internacional, porém gerida por um só Estado, e a favor de seus interesses.

Com a UEP, chegou-se a algo como uma zona monetária autônoma, com a criação de uma unidade de conta europeia, definida em termos do ouro, embora não convertível. Essa unidade tinha como base a transferência de saldos credores no interior da zona, o que possibilitava o comércio nesta zona sem o intermédio do dólar, apresentando-se como uma solução à carência de reservas pela qual passava a Europa no pós-guerra. Entretanto, como havia países sistematicamente credores, e outros sistematicamente devedores, os primeiros (a Alemanha Ocidental, sobretudo), não tinham interesse em que seus créditos fossem satisfeitos por uma mera unidade de referência, de maneira que exerciam uma pressão contrária à UEP.

O fato é que a Europa se integra ao Sistema Monetário Internacional (SMI), seja por essas pressões internas, seja pela ação dos Estados Unidos, o que vai inaugurar uma fase que se estende até 1971, com a derrocada de Bretton-Woods, ao ser declarada unilateralmente a inconvertibilidade do dólar pelos EUA.

Uma terceira fase tem início a seguir, em que se ensaia um sistema conhecido como “serpente dentro do túnel”. Neste, se adota uma margem de flutuação das moedas europeias entre si (a serpente), que não pode exceder a margem de flutuação em relação ao dólar (o túnel). É um sistema em que há uma espécie de gestão conjunta das moedas europeias, mas que se revelou de difícil gerenciamento.

Com a criação do Sistema Monetário Europeu, em 1979, inaugurou-se uma nova etapa, marcada principalmente pela criação do ECU (*European Currency Unit*), composto por um cesto das moedas. Correlato a este havia um sistema de flutuação limitada das taxas de câmbio, semelhante ao da serpente monetária. Essa margem de flutuação, de início, foi fixada em $\pm 2,25\%$, exceto para a lira italiana, que flutuava à margem de 6%. Além disso, o SME previa outros mecanismos, tais como um fundo europeu de cooperação monetária e um sistema de crédito. Esse sistema foi o que vigorou até a chegada do euro, e mostrou-se apto a garantir uma certa funcionalidade ao intercâmbio monetário europeu, durante todo o período dos anos 80 e 90. Esta foi, uma época atribulada, com grandes modificações no cenário interno, em que foram firmados os grandes tratados de criação da UE (Ato Único de 1985, Maastricht, em 1992 e Amsterdam, em 1997), houve o ingresso de um grande número de novos membros no sistema, além da reunificação alemã, sem falar nas crises econômicas que marcaram o início de cada uma dessas décadas.

Mas, em momentos de crise, como em 1993, com os ataques especulativos promovidos por George Soros, essa taxa de flutuação chegou a $\pm 15\%$. Ou seja, uma moeda componente do sistema MTC (Mecanismo das Taxas de Câmbio), poderia ter uma diferença de valor em relação a outra de até 30%. Evidenciou-se, nesse momento, que as economias reagiam de maneira bastante assimétrica a um contexto de crise. Algumas conseguiam manter a estabilidade, como a Alemanha, outras sofriam grandes oscilações. Tudo isso lançava dúvidas quanto à fragilidade do sistema, que não conseguia manter a banda de flutuação em patamares reduzidos³ e faziam com que se almejasse uma estabilidade maior. Curiosamente, os próprios elementos que apontavam para as falhas do Sistema Monetário Europeu foram os mesmos que se manifestaram

³ vide Mendonça, Antônio, (2004), “A integração monetária na Europa: da União Europeia de Pagamentos ao euro.”, in Romão, A. (org.), *Economia Europeia*, Lisboa: Celta.

mais agudamente problemáticos no sistema que o sucedeu, qual seja, o da divisa única.

A parte a fragilidade revelada nesses momentos, havia também a questão de que, embora não tivesse sido instituída formalmente uma moeda que servisse como base para a oscilação das demais, o fato é que o marco alemão ganhou preponderância no sistema. Pela política de estabilidade mantida neste país e pela grande força da economia alemã, em breve, as demais moedas tinham de seguir atreladas ao marco, para a manutenção do Sistema Monetário Europeu.

Essa a realidade que antecedeu a criação do euro, que veio a ser criado em 1999, ainda então como moeda escritural, vindo a se concretizar sob a forma de notas e de meio circulante no início de 2002.

3 UMA ÁREA MONETÁRIA ÚNICA

Supostamente, uma moeda comum traria as vantagens de facilitar as transações comerciais, com a redução dos custos do câmbio, e ainda reduziria as incertezas das oscilações cambiais⁴. Uma união monetária, em tese, também traria consigo uma maior homogeneização de preços. Em termos simbólicos, representava ainda a participação no grande projeto de integração europeia. É preciso ter em mente que esses eram benefícios visados, para poder entender as razões que tiveram os Estados mais pobres para adentrar a zona do euro. Era a perspectiva, ilusória talvez, sintetizada em que uma zona monetária única seria equivalente à uma zona econômica única, sem calcular os custos, que hoje se descortinam nitidamente, em termos de perda de autonomia e de submissão à políticas econômicas desenhadas para países com estrutura totalmente diferenciada.

A entrada na zona do euro não admitia meias medidas. Não era possível um ingresso parcial, ou o cumprimento de apenas parte dos requisitos fixados para partilhar da moeda única. Assim, nesse aspecto, a regra era a inflexibilidade. Também, uma vez realizado o ingresso no sistema do euro, não há a possibilidade de um atenuamento das regras, devendo o Estado abdicar de mecanismos de financiamento da dívida pública, como a emissão de títulos do Tesouro.

Em momentos de crise, para economias mais abertas e diversificadas, haveria vantagem em fazer parte de uma união monetária, ao passo que, para economias mais fechadas e com menos diversidade,

⁴ Diniz, Andre Sander et ali (2012). "Divergências estruturais, competitividade e restrição externa ao crescimento: uma análise da crise e das limitações da Zona do Euro". Belo Horizonte, UFMG/CEDEPLAR.

o melhor seria adotar o sistema de câmbio flutuante. Isso tendo em vista a rigidez monetária que implica uma moeda única. Economias diversificadas têm mais recursos concretos para se opor a uma crise de demanda, tirando ainda as vantagens do menor custo de transação comercial. Economias subdesenvolvidas, ao contrário, dependem em maior grau da manipulação do câmbio, sem tantos recursos econômicos concretos para fazer face às adversidades e sem uma inserção internacional que lhe permita auferir as vantagens da moeda forte e estável.

A valorização ou desvalorização da moeda é uma forma que uma dada economia tem de reagir às oscilações econômicas. Ao se desvalorizar a moeda, facilitam-se as exportações e se dificultam as importações. Há um custo implicado nessa política, com aumento dos preços internos, inflação, com seus impactos diferenciados dentro da economia; necessidade de valer-se de reservas em moedas estrangeiras, pela redução da convertibilidade etc.. Não é sem sacrifício que se implementam tais políticas. A gerência do câmbio permite que um país se curve, mas não se quebre diante de um momento econômico difícil. O impacto sobre a moeda permite ao mesmo tempo que se sinta a crise e que se reaja a ela. Como é sabido, entretanto, é um corolário do neo-liberalismo a ilegitimidade desse instrumento de política econômica, e que o objetivo máximo a ser atingido é a estabilidade monetária.

O fato é que, desprovida dessa possibilidade, e sujeita à estabilidade forçada, uma economia necessita de algum substitutivo. Tornando-se impossível a cada país administrar a sua própria moeda, a região da união monetária deve dispor de mecanismos que possibilitem gerir em todo o território fatores econômicos concretos, tais como a mobilidade de renda, mão-de-obra e capitais. Para a criação de uma união monetária, o que implica uma só moeda em economias diversas, verifica-se que há determinados pressupostos que devem ser atendidos, sem os quais se torna impossível o funcionamento dessa união.

Esses fatores são expostos na teoria da Zona Monetária Ótima. Basicamente, é preciso haver uma certa convergência econômica dentro dessa área, ou, na ausência desta, uma unidade política e uma certa mobilidade de fatores econômicos concretos, tais como mão-de-obra e capitais, para compensação das disparidades regionais, já que não é possível a alteração cambial.

Um outro requisito de uma Zona Monetária Ótima, é a de que a área compreendida por esta deve coincidir com a área de atuação fiscal, de maneira que se possa promover alguma distribuição de renda ou de benefícios, por meio dos recursos obtidos com a tributação. Esse

seria um recurso a mais para alterar fatores materiais da economia, na ausência de atuação cambial. Ou seja, há de haver alguma forma de se permitir a atuação estatal para uma ação que afete fatores sociais, com uma concatenação da política fiscal e cambial.

Ora, no âmbito da União Europeia, não há que se falar em unidade política. Cada Estado tem seu próprio orçamento, e suas próprias responsabilidades para com a população. As despesas com seguridade social, meio-ambiente, educação, transporte, saúde, restam a cargo de cada qual, sendo ainda incipientes as iniciativas comuns. A manutenção dos níveis de emprego e de renda da população é uma questão basicamente interna. Para que se tenha uma ideia do quão distante se encontra a estrutura comum de substituir um Estado singular, o orçamento total da EU é de aproximadamente 1% do PIB do território abrangido. Esse é um dado relevante para que se possa avaliar a dificuldade em promover a alteração de fatores econômicos concretos.

Na União Europeia, temos que não só a realidade político-econômica não coincide com pressuposto de paralelismo fiscal-monetário, como existe uma vedação normativa a que haja qualquer interação entre essas duas áreas na zona do Euro. Foi disposto expressamente, no art. VII, do Estatuto do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu que:

O BCE, os bancos centrais nacionais, ou qualquer membro dos respectivos órgãos de decisão não podem solicitar ou receber instruções das instituições ou organismos comunitários, dos governos dos Estados-Membros ou de qualquer outra entidade.

Ou seja, o Banco Central Europeu é concebido como uma instância exclusivamente técnica, que tem como objetivo precípua e explícito a estabilidade da moeda, e que deve se manter equidistante dos governos e das políticas fiscais e impermeável a pressões populares.

A estabilidade da moeda ganha expressão ainda na exigência de estabilidade de preços, cujo IHPC (Índice Harmonizado de Preços ao Consumidor) não poderia ultrapassar 2% ao ano. O Pacto de Estabilidade e Crescimento, consubstanciado no Tratado de Maastricht e em outros instrumentos normativos firmados paralelamente, firmou os critérios que deveriam ser seguidos para que um país pudesse ter sua entrada na zona do euro. São eles: taxa de inflação máxima de 1,5% em relação à média dos três países com menos inflação; taxa de juros máxima de 2 p. p., também com relação à média dos três países com menor inflação; não ter promovido desvalorizações cambiais nos dois anos antecedentes

à entrada. Déficit público máximo de 3% do PIB; dívida pública máxima de 60% do PIB.

Os próprios parâmetros fixados de início já indicavam que o euro não iria refletir uma média da realidade econômica de todos os países aderentes à moeda, mas a realidade daqueles com melhor desempenho econômico e com maior estabilidade cambial.

Foram assumidos explicitamente, assim, dois princípios básicos do neo-liberalismo como norteadores da gestão do euro. O primeiro, a da distinção estanque entre o técnico e o político, e o segundo, o da estabilidade monetária como objetivo máximo a ser atingido. O pressuposto neoliberalista da necessidade de a moeda ser gerida por um órgão supostamente apolítico vem da ideia de que a economia é um fenômeno natural, que ocorre por si só, sem a necessidade de qualquer intervenção. Uma ação qualquer, alterando o “curso natural” da evolução dos fatores econômicos, iria apenas introduzir um fator de distorção, cujas consequências negativas viriam se manifestar em longo prazo. Ou seja, as intervenções governamentais com vistas a atenuar os efeitos sobre a população de uma crise econômica, gerando emprego, distribuição de renda ou uma melhor seguridade social, são vistos como medidas populistas, benéficas apenas em curto prazo, mas que mais tarde irão gerar problemas mais graves ainda do que aqueles que se quis solucionar.

Ainda seguindo esse pressuposto do caráter técnico “apolítico” das decisões econômicas, vimos que a comissão encarregada de negociar a dívida pública da Grécia, Portugal e Irlanda, a partir de 2010, conhecida como Troika, vem composta por membros oriundos de instâncias sem qualquer permeabilidade à democracia direta, a saber, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o FMI – Fundo Monetário Internacional.

Que as instâncias encarregadas de administrar a moeda e a dívida não sejam suscetíveis às pressões democráticas, todavia, não faz delas instâncias apolíticas. O simples fato de terem de tomar decisões, assinalando políticas de austeridade ou de fomento à economia dos países endividados já é suficiente a demonstrar que esta comissão não se ocupa apenas de encaminhar consequências naturais de causa e efeito, mas que executa determinadas escolhas, que atendem a determinados interesses.

Uma questão a ser examinada mais detidamente, em um trabalho mais aprofundado, é a dúvida quanto a se não será a própria divisa única um mecanismo de empobrecimento das economias mais frágeis. À medida que são obrigadas a funcionar segundo os padrões dos países

mais desenvolvidos e estáveis, sem a adequação de seus preços e custos internos, e sem os supostos benefícios em termos de redistribuição de recursos que uma união monetária suporia, se este modelo não conduz necessariamente a um endividamento dessas economias.

De qualquer forma, parece certa a constatação do quão nefasta está se mostrando a implementação dos mencionados pressupostos neoliberalistas, quando se vê perdurar a recessão econômica na Europa desde 2008, sem qualquer perspectiva, até o momento, de se ver solucionada a crise da dívida dos países mais pobres.

REFERÊNCIAS

Strozzi, Girolamo (org.), *Diritto dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

Mendonça, Antônio, "A integração monetária na Europa: da União Europeia de Pagamentos ao euro.", in Romão, A. (org.), *Economia Europeia*, Lisboa: Celta Editora, 2004.

Diniz, Andre Sander et alli. "*Divergências estruturais, competitividade e restrição externa ao crescimento: uma análise da crise e das limitações da Zona do Euro*". Belo Horizonte, UFMG/CEDEPLAR, 2012.

Arestis, Philip et alli, "*O euro e a UME: lições para o Mercosul*". Economia e Sociedade, Campinas, v. 12, n. I, p. 1-24, jan/jun. 2003.

Garcia Munhos, Dércio. "A Europa se endividou para salvar os bancos". In *Desafios do Desenvolvimento*, IPEA, Brasília, DF, ed. 69, dez. 2011.



A COOPERAÇÃO ENTRE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E OS TRIBUNAIS DOS ESTADOS-MEMBROS: O REENVIO PREJUDICIAL

*THE COOPERATION BETWEEN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE
– ECJ AND THE MEMBER STATES’ COURTS: THE PRELIMINARY
RULING*

*Tili Storace de Carvalho Arouca
Procuradora Federal em exercício na PFRN
Especialista em Direito do Trabalho*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve Histórico sobre a União Européia; 2 Justiça Europeia: a Interação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Nacionais; 3 A Cooperação entre o Tribunal de Justiça da União Européia e os Tribunais Nacionais: O Reenvio Prejudicial; 4 O Acórdão Kempster – comentários ao caso concreto de reenvio prejudicial; Referências.

RESUMO: Com este artigo, pretende-se abordar uma espécie de incidente processual afeto ao direito europeu, o reenvio prejudicial, cujo objetivo primordial é a efetividade da harmonização do direito emanado da União Europeia. Para melhor compreensão do assunto, a abordagem inicia-se por uma breve explanação sobre as origens da União Europeia - UE e do Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE, adentrando-se na interação entre este último e os tribunais dos Estados-Membros no que toca à cooperação judiciária, para, finalmente, proceder à análise do instituto do reenvio prejudicial e comentar-se um caso concreto, conhecido por acórdão Kempster, datado de 12/02/2008.

PALAVRAS-CHAVES: Direito europeu. Cooperação judiciária. Reenvio prejudicial.

ABSTRACT: With this article, it's intended to cover a species of procedural issue related to the European law, the preliminary ruling, whose primordial goal is the effectiveness of harmonization of the law emanated by the European Union. For better comprehension of the matter, the approach begins with a brief explanation about the origins of the European Union – EU and the European Court of Justice – ECJ, entering the interaction between the last one and the Member States' Courts, regarding judiciary cooperation, then, finally, proceeds to the analysis of preliminary ruling and comments on a specific case, known as Kempster Court Decision, dated 02/12/2008.

KEYWORDS: European law. Judiciary cooperation. Preliminary ruling.

INTRODUÇÃO

Os países da América Latina desconhecem, em suas realidades, um direito comunitário.

Ainda que se tenha instituído o MERCOSUL, não se identifica nesta experiência o caráter de comunidade supranacional que se vê na União Européia, para onde os países integrantes transferiram uma parcela de sua soberania, possibilitando o nascimento do direito europeu.

Ressalte-se que recai sobre os tribunais dos Estados-Membros da União Europeia a responsabilidade de concretizar o direito emanado da UE, o que é possível a graças a um incidente processual específico.

Por tudo isso, julgou-se interessante levar ao leitor um panorama sucinto sobre a origem da União Europeia e suas instituições, sobretudo o Tribunal de Justiça, e, especialmente, apresentá-lo a um instituto jurídico sem precedente no ordenamento pátrio: o reenvio prejudicial.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A UNIÃO EUROPEIA

A primeira organização comunitária europeia surgiu com o Tratado de Paris, firmado em 1951 entre a República Francesa, a República Federal Alemã, a República Italiana, o Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países-Baixos, ao fundar a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA.

O segundo passo no sentido da concretização de uma Europa supranacional foi dado por esses mesmos seis países que, em 1957, assinaram o Tratado de Roma, através do qual instituíram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA ou Euratom).

Buscou-se essencialmente estabelecer as bases de um mercado comum com vistas ao desenvolvimento econômico dos Estados-Membros, num contexto de pacificação do continente após a Segunda Guerra Mundial. No imediato, a questão mais consensual e prioritária era a de superar a destruição provocada pela guerra e relançar a economia europeia.

Desta maneira se iniciou um processo em que a progressiva integração econômica solidou o caminho à união política.

Em seu preâmbulo, o Tratado que instituiu a CEE afirmava: «[...] os signatários estão determinados a estabelecer os fundamentos de uma união sem fissuras mais estreita entre os países europeus»

Para a persecução das tarefas inerentes à sua missão o Tratado de Roma estabeleceu quatro órgãos:

- 1 Assembleia (a partir de 1960, assumiu a designação de Parlamento Europeu): na qual tinham assento os delegados dos Parlamentos Nacionais, até um máximo de 142 representantes. Inicialmente a Assembleia não era eleita por sufrágio universal, dispondo apenas de competência para emitir pareceres. Tratava-se, portanto, de um órgão de natureza consultiva.
- 2 Conselho de Ministros: órgão com poder deliberativo, composto por representantes dos governos dos Estados-membros. Inicialmente, a ponderação dos votos não era igual para todos, e, salvo disposição definida em contrário, as decisões eram tomadas por maioria.
- 3 Comissão: os seus membros são nomeados por comum acordo, pelos Governos dos Estados-membros. É o órgão que detém o poder legislativo e propõe atos comunitários ao Conselho de Ministros. Detém também poder de execução, no que respeita à aplicação de políticas comuns, e poder fiscalizador no que se refere à aplicação dos Tratados.
- 4 Tribunal de Justiça: composto inicialmente por sete juízes nomeados de comum acordo pelos Governos dos Estados-membros.

Quer o Tribunal quer a Assembleia eram comuns às três comunidades: CECA, CEE e CEEA. Acessoriamente, poderia intervir no processo de decisão mais um órgão consultivo: o Comitê Econômico e Social, constituído por representantes dos principais grupos económicos dos Estados-membros (patronato, sindicatos, agricultores, consumidores).

Além destes órgãos através dos quais a nova organização supranacional exerce os seus poderes, o Tratado criou outras estruturas operativas como o Tribunal de Contas e o Banco Europeu de Investimento.

Esses Tratados foram alterados, sucessivamente, pelas disposições do Tratado de Fusão (Bruxelas, 1965), Tratado sobre a Gronelândia (1984), Ato Único Europeu (1986), Tratado da União Europeia (TUE, Maastrich, 1992), Tratado de Amsterdão (1997), Tratado de Nice (2001) e Tratados de Adesão (1972, 1979, 1985 e 1994).

Em 2007 foi celebrado o Tratado de Lisboa (Tratado de Funcionamento da União Europeia), implementando amplas reformas que definiram a nova estrutura da União Europeia a congregar, atualmente, vinte e sete Estados-Membros.

A União Europeia, hoje, tem como pilares o Tratado da União Europeia- TUE (1992) e o Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE (2007), assentando fundar-se, *verbis*:

[...] nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluídos os direitos das pessoas pertencentes das minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres (art. 2º, TUE).

Surgiu na Europa, assim, uma entidade transnacional, um novo centro político para o qual foram transferidas parcelas de soberania estatal e que, no exercício de suas funções, goza de plenitude de poderes.

Para exemplificar essa transferência de poder, veja-se o que emana da Constituição da República Italiana, de 22 de dezembro de 1947:

PRINCIPI FONDAMENTALI

[...]

10. L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Ou seja, o ordenamento jurídico italiano se conforma às normas do direito internacional por todos reconhecidas.

Observe-se, ainda, no que toca à administração pública italiana:

“Sezione II

La Pubblica Amministrazione

97. Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.” (redação dada pela Lei Constitucional de 16 de junho de 1989).

Isso quer dizer, numa tradução livre, que a Administração Pública, *em coerência com o ordenamento da União Européia*, assegura o equilíbrio das contas públicas e a sustentabilidade do débito público.

2 JUSTIÇA EUROPEIA: A INTERAÇÃO ENTRE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E OS TRIBUNAIS NACIONAIS

O Tratado da União Europeia-TUE (1992) ampliou a estrutura do Tribunal de Justiça, criado com a Comunidade Europeia, para estabelecer um Tribunal de Justiça da União Europeia que inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e Tribunais Especializados, com o escopo de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados” (art. 19).

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem sede em Luxemburgo e apresenta três tipos de competência, nos termos do artigo 19 do TUE:

A primeira é chamada de contenciosa, incluindo prerrogativas como as de julgar “recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou coletivas”, sejam eles recursos de anulação, omissão, descumprimento, exceção de ilegalidade, etc.

A segunda competência, chamada de facultativa, refere-se à possibilidade de o Tribunal servir como intérprete para contratos e tratados estabelecidos por Estados-membros, se assim o desejarem.

Quanto à terceira, e última competência, diz respeito à legitimidade do TJUE em analisar, “a título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições”.

Quanto ao sistema judicial, a União Europeia organizou-se, desde a sua origem, de acordo com o princípio da subsidiariedade.

Nesse sentido, o Tratado de Funcionamento da União Europeia-TFUE estabelece que a União dispõe de *competência partilhada* com os Estados-Membros, no domínio do “espaço de liberdade, segurança e justiça” (art. 4º, I e II, j).

Preceitua, também, que a União “facilita o acesso à justiça, nomeadamente através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil” (art. 67, ex-art. 61 TCE, e ex-art. 29 TUE). Essa cooperação judiciária “pode incluir a adoção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros” (art. 81, I, ex-art. 65 TCE).

Ao renunciarem a criar um sistema de tribunais próprios, destinados a aplicar especificamente o direito comunitário, os autores da Comunidade Europeia/União Europeia fizeram dos tribunais nacionais os tribunais de direito comum.

De fato, o ordenamento comunitário concede aos tribunais nacionais a competência para – em primeira instância – julgando litígios entre particulares e litígios entre particulares e Estados-membros, aplicar o direito emanado das instituições que compõem a União Europeia,

podendo desaplicar leis internas contrárias ao direito comunitário assim como suspender a sua aplicação com idêntico fundamento.

Naturalmente, houve a necessidade de prever a existência de um mecanismo que garantisse a efetiva cooperação entre as instâncias jurisdicionais dos Estados-membros e aquelas da própria União Europeia (máxime, o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia), haja vista se de todo desaconselhável que a interpretação do direito europeu fosse deixada na disponibilidade de quase trinta sistemas jurisdicionais diferentes.

Entendeu-se necessário, pois, garantir essa efetiva cooperação a dois níveis principais: por um lado numa sã cooperação que permitisse uma correta aplicação da justiça; por outro lado, que garantisse uma uniforme interpretação do direito comunitário.

Assim, buscando estabelecer e delimitar as relações de convívio entre o direito nacional e o direito europeu, foram criados alguns institutos, dentre eles o reenvio prejudicial, que será abordado no tópico posterior.

Todos os acordos firmados na Europa, ao mesmo tempo em que geraram direitos e obrigações entre os Estados signatários, também fizeram por atribuir aos cidadãos desses países direitos de natureza econômica às suas esferas jurídicas e de serem por eles invocados perante os tribunais encarregados de os garantir, seja perante os poderes públicos, seja perante outros particulares.

O efeito direto do direito comunitário, pois, foi a criação de uma nova ordem jurídica, cuja principal característica é o seu primado em relação aos direitos dos Estados-Membros (princípio da primazia).

Assim, são sujeitos do direito europeu não só os Estados-Membros, mas também os respectivos nacionais, que têm acesso ao juiz comunitário.

O indivíduo pode formular um pedido de queixa perante a Comissão Europeia, questionando a má atuação do Bloco e não do Estado-Membro, e esta queixa será encaminhada ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por outro lado, se pretender reivindicar os seus direitos, deve recorrer primeiramente ao Tribunal Nacional, evocando os princípios da primazia e do efeito direto, que tem como consequência afastar o direito nacional, posto que o direito do Bloco se incorporou ao patrimônio jurídico do indivíduo.

As vias de recurso através das quais os particulares têm acesso ao juiz comunitário são, basicamente, três:

* o recurso de anulação (art. 263 TFUE, ex-art. 230 TCE)

Qualquer pessoa, física ou jurídica, singular ou coletiva, pode interpor recurso de anulação das decisões de que seja destinatária.

Tratando-se de decisões dirigidas à outra pessoa ou de regulamentos, o recurso só poderá ser utilizado se tais atos o afetarem direta e individualmente e se a norma ou regulamento for incondicional e suficientemente precisa.

* a ação por omissão (art. 265 do TFUE, ex-art. 232 TCE)

Condição essencial para a propositura desta ação é o convite prévio explícito que o particular deve dirigir à instituição comunitária (Parlamento Europeu, Conselho ou Comissão) a fim de que esta pratique determinado ato jurídico vinculativo. A ação por omissão poderá ser interposta se referido ato não for adotado no prazo de dois meses a contar da data do convite.

* a ação de responsabilidade (arts. 268 e 272 TFUE, ex-arts. 235 e 238 TCE)

Na hipótese de dano causado pelas instituições da União ou pelos seus agentes no exercício das suas funções, poderá o particular pode vir a ressarcir-se intentando uma ação por responsabilidade extracontratual. O dever de indenizar da União rege-se pelos “princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros”, devendo o particular demonstrar cumulativamente: (1) um comportamento ilegal de uma instituição da União (norma violada); (2) um prejuízo real por ele sofrido e (3) um nexo de causalidade entre o comportamento da instituição e o prejuízo alegado.

Os cidadãos também poderão invocar, perante os tribunais, a violação dos direitos consagrados na Carta de Direitos Fundamentais:

- * direito a uma ação perante um tribunal para todas as pessoas cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados (art. II - 107).
- * direito a que sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente, e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei (art. II - 107) .
- * assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes (art. II - 108).
- * presunção de inocência e direito de defesa para todos os argüidos (art. II - 108).

- * direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito (art. II, 110).
- * direito a não ser condenado por uma ação ou por uma omissão que, no momento da sua prática, não constituía infração perante o direito nacional ou o direito internacional (art. II - 109).
- * direito a não ser condenado a uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi praticada ou a uma pena desproporcional em relação à infração (art. II - 109).

Ademais, a Carta dos Direitos Fundamentais garante o direito dos cidadãos a uma boa administração, ou seja, a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável (art. II - 101). Para assegurar esse direito, o provedor de justiça europeu pode receber petições, dirigidas por qualquer cidadão da União, ou qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro, respeitante a casos de má administração na atuação das instituições, órgãos ou organismos da União (art. II - 103).

3 A COOPERAÇÃO ENTRE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E OS TRIBUNAIS NACIONAIS: O REENVIO PREJUDICIAL

A União Europeia atua através de uma enorme variedade de idiomas e interesses políticos, o que – comumente – traduz-se na dificuldade dos tribunais nacionais em interpretar o significado de uma norma contida em um tratado específico num determinado contexto. Um dos efeitos disso é a possível aplicação diferenciada de acordo com cada tribunal e cada juiz, de situações análogas, o que repercute em desarmonização à ordem jurídica europeia e, até, uma aplicação equivocada do direito europeu.

Diante da inexistência de uma hierarquia institucional, foi concebido pelos tratados o instituto do reenvio prejudicial como uma forma de garantir o cumprimento e a correta aplicação do direito do Bloco pelos Estados-Membros, sendo o incidente processual mais importante e o mais frequentemente utilizado no direito europeu.

Ao contrário dos outros processos jurisdicionais, o reenvio prejudicial não é um recurso formado contra um ato europeu ou nacional, mas sim uma consulta relativa à aplicação do direito europeu.

O reenvio prejudicial é um instrumento de cooperação judiciária [...] pelo qual um juiz nacional e o juiz comunitário são chamados, no âmbito das competências próprias, a contribuir para uma decisão que assegure a aplicação uniforme do Direito Comunitário no conjunto dos estados membros”. (Acórdão Scharze, de 01/12/1965, proc. 16/65).

O TUE (art. 19) e o TFUE, em seu art. 267, permitem a qualquer tribunal, que não decida em última instância e ao qual tenha sido submetido um litígio envolvendo a aplicação de direito europeu, suscitar perante o Tribunal de Justiça da União Europeia as questões de interpretação desse direito cuja resposta considere necessária para a resolução do litígio.

Por outro lado, o TFUE determina que as jurisdições nacionais que deliberam em última instância, isto é, cujas decisões não podem ser objeto de recurso, têm a obrigação de exercer um reenvio prejudicial se uma das partes o solicitar.

Os reenvios prejudiciais de interpretação surgem, na sua maior parte, não a propósito de litígios entre particulares, mas de litígios entre as administrações públicas dos Estados-Membros e os particulares que pretendem exercer os direitos conferidos pelo ordenamento jurídico comunitário.

Não se trata de uma via disponível às partes num litígio submetido a um tribunal nacional, embora possa por elas ser requerido. Não é um processo de partes, mas um processo de cooperação entre juízes ou processo de juiz a juiz (tribunal nacional, de um lado, e TJUE de outro). Dá-se a suspensão do processo nacional até que o juiz do TJUE se pronuncie, devolvendo o caso para ser decidido pelo tribunal nacional, de acordo com a interpretação dada pelo TJUE. Portanto, a autonomia do juiz nacional se mantém.

Ou seja, o TJUE pronuncia-se apenas sobre os elementos constitutivos do processo de reenvio prejudicial sobre os quais é instado, cabendo à jurisdição nacional o julgamento da questão principal (mérito).

Sobre o tema, assim esclarecem Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins:

O TJ não é competente para interpretar o Direito interno, nem para constatar a incompatibilidade do Direito interno com o Direito Comunitário. Todavia, o TJ é competente para fornecer ao tribunal nacional todos os elementos de interpretação que relevam do Direito Comunitário e que podem permitir-lhe resolver esta incompatibilidade.¹

¹ QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Contencioso da União Europeia*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 107.

Veja-se o que se extrai da doutrina

Por princípio, o Tribunal de Justiça da União Europeia deve responder à questão colocada. Não pode recusar responder pelo fato de a resposta não ser relevante nem oportuna em relação ao processo principal. Pode, em contrapartida, rejeitar o envio se a questão não integrar a sua esfera de competência.

Vê-se que, através desse instituto, dá-se o controle de compatibilidade ou de conformidade do direito europeu com os direitos dos Estados-Membros. Não se pode falar em controle de constitucionalidade visto que até o presente momento não há Constituição da União Europeia.

O objetivo do reenvio prejudicial, portanto, é a uniformização do direito do Bloco, eis que o juiz nacional será capaz de compatibilizar as normas nacionais e europeias.

Pode-se afirmar, então, que o TJUE é o último intérprete do direito europeu e, indiretamente, a última instância.

Previsto também no art. 267 do TFUE, o reenvio prejudicial de validade destina-se a aferir da validade do direito comunitário derivado, ou seja, daquele que é aprovado pelas instituições da União Europeia em execução dos tratados. Neste caso, o TJUE, a pedido de um tribunal nacional, decide se um regulamento, uma diretiva ou uma decisão da UE são compatíveis com o TUE/TFUE e com os princípios nele consignados.

Neste caso, nenhum juiz nacional pode desaplicar o direito europeu que considere inválido sem que, previamente, o TJUE tenha pronunciado nesse sentido.

O Tribunal de Justiça é o único órgão jurisdicional competente para declarar a invalidade de um ato comunitário, não dispondo os tribunais pátrios de poderes para tanto. (Acórdão de 22/10/87, FOTO-FROST, proc. 314/85).

Por fim, há possibilidade de *reenvio prejudicial de legalidade*, podendo abranger questão de ordem material (violação da legalidade quanto ao direito primário e derivado) e/ou legalidade formal (incompetência da autoridade europeia da qual emanou o ato, vícios de forma do ato, desvios de poder).

O Estatuto do TJUE regula a intervenção das partes no processo perante o Tribunal. Ademais, em seu art. 23, assim estabelece, *verbis*: “O Regulamento de Processo pode prever a tramitação acelerada de certos processos e a tramitação urgente dos pedidos de decisão prejudicial relativos ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça.”

Ressalte-se que o reenvio prejudicial constitui uma das expressões mais evidentes do primado do direito comunitário sobre o direito nacional,

uma vez que a decisão (acórdão) proferida pelo TJUE é obrigatória para o juiz que coloca a questão para análise. O TJUE não resolve a questão sob julgamento, mas proclama o direito, enunciando um princípio europeu abstrato que o juiz nacional fará aplicação.

De fato, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia tem valor de caso julgado. É, ademais, vinculativa não só para a jurisdição nacional que tenha instaurado o reenvio prejudicial, mas, ainda, para todas as jurisdições nacionais dos Estados-Membros. Ademais, tem eficácia retroativa, podendo, excepcionalmente, serem fixados limites no tempo (Acórdão DEFRENNE de 08/04/1976, proc. 43/75).

No âmbito do processo de reenvio prejudicial sobre a validade de um ato europeu, caso o TJUE se pronuncie pela validade, a decisão impõe-se à jurisdição que colocou a questão prejudicial e a qualquer outra que deva conhecer da invalidade daquele ato pelos mesmos fundamentos.

Caso o TJUE se pronuncie pela invalidade, a decisão impõe-se “erga omnes” (Acórdão de 13/05/81, International Chemical Corp., proc. 66/80).

Existem, contudo, exceções à obrigação de reenvio, como, por exemplo, quando o tribunal nacional entende que o caso concreto não envolve normas comunitárias. Pode-se citar, ainda, quando para o caso em análise já existir interpretação fornecida pelo TJUE. E, também, quando o juiz nacional entender pela total clareza da norma em causa (teoria do ato claro – acórdão de 06/10/92, CILFIT, proc. 283/81).

Por fim, a legislação de base do reenvio prejudicial são o TUE, o TFUE, o Estatuto do TJUE e o Regulamento de Processo do TJUE.

4 O ACÓRDÃO KEMPTER – COMENTÁRIOS AO CASO CONCRETO DE REENVIO PREJUDICIAL

Refere-se o acórdão Kempter, de 12 de fevereiro de 2008, proferido no processo C-2/06, a uma questão prejudicial relativa à aplicação da jurisprudência europeia Kühne & Heitz (C-453/00), especificamente sobre a possibilidade de serem reexaminadas decisões administrativas que já se tornaram definitivas. O cerne da questão é a interpretação dada ao artigo 10º do Tratado da Comunidade Europeia.

No interregno de 1990 e 1992, a empresa alemã Kempter exportou bovinos para países árabes e para a ex-Iugoslávia, tendo recebido as respectivas restituições à exportação por parte do Serviço Aduaneiro, em estrito cumprimento dos Tratados firmados da Europa.

Todavia, no ano de 1995, numa ação de fiscalização, verificou-se que alguns animais haviam morrido ou sido abatidos antes da sua

importação nos países terceiros, e em razão desse acontecimento o Serviço Aduaneiro exigiu o reembolso das restituições.

A Kempter interpôs recurso judicial dessa decisão, até a última instância, sem invocar qualquer violação ou interpretação equivocada do regulamento europeu acerca da matéria, mas não obteve sucesso, tornando-se a decisão definitiva em 11/05/2000.

Ocorre que, em 14/12/2000, surge um acórdão do Tribunal de Justiça que interpreta a norma europeia num sentido favorável à posição da Kempter. Então, vinte e um meses após a prolação desse acórdão, a empresa decidiu por requerer à administração alemã o reexame e a retificação do ato impugnado (reembolso em causa). O pedido formulado na seara administrativa foi indeferido, ensejando à Kempter dirigir-se novamente ao Finanzgericht Hamburg (Tribunal administrativo alemão) que chamou o Tribunal de Justiça da então Comunidade Europeia a pronunciar-se, em sede de reenvio prejudicial.

Então, no caso, houve um reenvio de interpretação para que o Tribunal de Justiça interpretasse (à luz do acórdão Kühne & Heitz) o sentido do atual art. 4º, nº 3, do Tratado da União Europeia, qual seja o princípio da cooperação leal.

Segundo o acórdão Kühne, se, posteriormente a um acórdão de um tribunal nacional de última instância, o Tribunal de Justiça vier a definir o sentido da norma europeia em causa, constatando que o juiz nacional fez uma errada interpretação do direito europeu e não cumpriu com seu dever de reenvio obrigatório nos termos do atual art. 267, nº 3, do TFUE, o princípio da cooperação obriga o órgão administrativo nacional ao qual foi submetido o pedido de reexame e rever a decisão administrativa que, entretanto, tornara-se definitiva em virtude de acórdão do órgão jurisdicional de última instância.

Ou seja, em virtude do princípio da cooperação e para garantir a efetividade do direito europeu, dá-se a obrigação de reexame da decisão administrativa ainda que seja definitiva.

Veja-se que a decisão administrativa (que exigiu da Kempter o reembolso das restituições à exportação por si recebidas), proferida em 1985 pelo Hauptzollamt Hamburg-Jonas (órgão administrativo), tornou-se definitiva em 11/05/2000, por decisão do órgão jurisdicional de última instância Bundesfinanzhof, que não cumpriu a sua obrigação de reenvio prejudicial, estando em causa a interpretação de uma disposição de um ato de uma instituição da EU. Posteriormente, no acórdão Emsland-Stärke, de 14/12/00 (proc. C-110/99), o Tribunal de Justiça interpretou num sentido que beneficiava a posição defendida por Kempter, oposto à interpretação dada pelo tribunal de última instância. Desse modo,

em 10/09/2002, com base nesse acórdão, a Kempter requereu ao Hauptzollamt o reexame da decisão, mas o pedido foi indeferido.

E eis o cerne do problema que suscitou o pedido de reenvio prejudicial: seria o Hauptzollamt obrigado a reexaminar a decisão administrativa em causa de acordo com o entendimento plasmado no acórdão Kühne?

O acórdão Kühne estabeleceu como condições para a revisão do ato administrativo:

- 1 Que o órgão administrativo nacional que emitiu a decisão, tendo em conta o direito nacional, tenha competência para o reexame/revogação da decisão impugnada;
- 2 Que a decisão administrativa seja definitiva em consequência de um acórdão de um tribunal de última instância;
- 3 Que o acórdão, face à jurisprudência do TJUE posterior a esse acórdão, se fundamente numa interpretação errada do direito comunitário, aplicada sem o necessário reenvio prejudicial ao TJUE;
- 4 Que o interessado se dirija ao órgão administrativo imediatamente após ter conhecimento da referida jurisprudência.

Pois bem. Preenchidas as primeiras condições, quanto à 3ª e à 4ª condições colocaram-se dúvidas das quais resultou o reenvio prejudicial do caso Kempter

A 3ª condição conduziu à primeira questão prejudicial: “O [reexame e a revogação] de uma decisão administrativa definitiva, de forma a levar em conta a interpretação entretanto dada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias às normas comunitárias aplicáveis, pressupõem que o interessado tenha impugnado judicialmente a decisão administrativa nos tribunais nacionais invocando o direito comunitário?”

A 4ª condição suscitou a segunda questão prejudicial: “O pedido de [reexame e a revogação] de uma decisão administrativa definitiva contrária ao direito comunitário está limitado temporalmente [por razões imperiosas de direito comunitário], independentemente das condições estabelecidas no acórdão do Tribunal de Justiça [Kühne & Heitz, já referido]?”

Em síntese, entendeu o TJUE que o recorrente não é obrigado a suscitar, no âmbito do seu processo jurisdicional de direito interno, a

questão de direito europeu que foi, posteriormente, objeto do acórdão prejudicial do TJUE. Isso porque compete aos Estados-Membros, através de suas instituições internas, zelar pela efetividade do direito europeu (princípios da lealdade e da primazia). Caso contrário, comprometer-se-ia a tutela jurisdicional efetiva do direito europeu.

Ademais, entendeu por não impor qualquer limite temporal para a apresentação de um pedido de reexame de uma decisão administrativa que se tornou definitiva. Porém, declarou que os Estados-Membros têm a liberdade “de fixar prazos de recurso razoáveis, em conformidade com os princípios comunitários da efetividade e da equivalência”.

Em conclusão, pois, vê-se que o Tribunal de Justiça da UE zela pela interpretação de todo o direito europeu, através do reenvio prejudicial, tendo como cúmplices e principais atores os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros.

Assim se dá, portanto, o princípio da cooperação judiciária entre o sistema judiciário nacional e o sistema judiciário europeu.

REFERÊNCIAS

QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Contencioso da União Europeia*. Lisboa: Almedina, 2002.

CHITI, Mario P. *Diritto Amministrativo Europeo*. Milão: Giuffrè, 2. ed., 2006.

TRAVI, Aldo. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*. Turim: Giappichelli, 8. ed., 2008.

GALLO, Carlo Emanuele. *Manuale di Giustizia Amministrativa*. Turim: Giappichelli, 4. ed. 2009.

www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/Filipa_Fernandes_-_Comentário_Ac_Kempter.



JUSTIÇA ADMINISTRATIVA – UMA BREVE COMPARAÇÃO ENTRE AS EXPERIÊNCIAS DO BRASIL E DA ITÁLIA

*ADMINISTRATIVE JUSTICE – A BRIEF COMPARISON BETWEEN THE
EXPERIENCES OF BRAZIL AND ITALY*

*Wilson de Castro Junior
Procurador Federal
Consultor da União
Consultor-Geral da União Substituto¹*

SUMÁRIO: Considerações Introdutórias; 1 Abordagem Histórica; 2 A Justiça Administrativa na Itália; 3 A Justiça Administrativa no Brasil; 4 O Contencioso Administrativo no Brasil Contemporâneo; 4.1 Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS; 4.2 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF; 5 Considerações Finais; Referências.

¹ Dispensado, a pedido, do encargo de substituto do Consultor-Geral da União em 25 de setembro de 2012

RESUMO: Busca-se com o presente artigo a apresentação das experiências do Brasil e da Itália em face da aplicação da justiça administrativa fora do âmbito do Poder Judiciário, demonstrando-se o distanciamento entre os dois sistemas, a partir da origem comum do direito administrativo de ambos os países no direito administrativo francês.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Administrativa. Contencioso Administrativo. Conselho de Estado. Dualidade da Jurisdição. Sistema Francês. Sistema Judiciário ou de Jurisdição Una. Sistema Inglês. Experiências no Brasil e na Itália.

ABSTRACT: The primary objective of this article is presenting the experiences of Brazil and Italy in light of Justice outside the administrative Judiciary, demonstrating the gap between the two systems, from the common origin of the administrative law of both in French administrative law.

KEYWORDS: Administrative Justice. Administrative Litigation. The Council of State. Duality of Jurisdiction. The French System. Judicial System. English System. Experiences in Brazil and in Italy.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho decorre da participação do autor no curso intensivo “*Diritto europeo ed armonizzazione: Tradizione Civilistica e armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*”, realizado pela Escola da Advocacia-Geral da União, na *Università di Roma - Tor Vergata*, no período de 2 a 13 de julho de 2012.

Dentro desse contexto, busca-se fazer uma breve comparação entre as experiências italiana e brasileira relativamente à “Justiça Administrativa”, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, já tantas vezes visitado em estudos e trabalhos muito mais aprofundados.

Não obstante estar esclarecido o objeto do presente artigo - qual seja o de apenas trazer exemplos comparativos de meios e formas de solução de conflitos administrativos nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Itália - impõe-se seja feita uma abordagem sobre a evolução das formas jurisdicionais adotadas em cada um dos dois países, vale dizer, o sistema jurisdicional unificado brasileiro (Sistema Inglês) e o sistema dualístico italiano (Sistema Francês).

A partir de então é apresentada a experiência italiana, através da apreciação do papel do Conselho de Estado - *Consiglio di Stato*, passando-se em seguida às considerações acerca do breve interregno em que o Brasil vivenciou a jurisdição contenciosa, no período do Brasil Imperial, durante o Segundo Reinado.

Ao fim são apresentadas, a título meramente exemplificativo, duas das atuais experiências brasileiras de solução de conflitos administrativos dentro do sistema jurisdicional unificado brasileiro.

Todavia, não há se insere no escopo deste artigo o estabelecimento de vantagens ou desvantagens da adoção de cada uma das formas jurisdicionais.

1 ABORDAGEM HISTÓRICA

Da tradição romanística decorre a clássica divisão entre o direito público e o direito privado.

Entretanto, como ramo daquele, o Direito Administrativo advém do surgimento da noção de Estado de Direito, que tem por base os princípios da legalidade e da separação dos poderes do Estado, florescendo a partir da Revolução Francesa de 1789.

O novo regime é então instalado com fulcro na ideia da necessidade de divisão das funções do Estado entre poderes independentes.

Com a separação dos poderes do Estado, estabelecia-se o equilíbrio entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, resultante do sistema de freios e contrapesos, onde o poder limita e controla o poder.

Nesse diapasão e tendo em conta a profunda desconfiança então reinante em relação ao judiciário, advinda do regime anterior - o *Ancien Régime* -, foi estabelecido na França o Sistema de Jurisdição Dual ou Contencioso Administrativo, também conhecido posteriormente como Sistema Francês.

Sob tal concepção, não caberia ao judiciário decidir acerca de questões administrativas, pena de invasão da seara do executivo, violando assim o princípio da separação dos poderes do Estado.²

Afastado o monopólio da função jurisdicional do Estado pelo judiciário, caberia à Administração o julgamento dessas questões.³

Para o desempenho de tal mister, veio a ser instituído, ou consolidado, o Conselho de Estado - *Conseil d'État* - com a responsabilidade de decidir os litígios em que a Administração fosse parte.

2 A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA NA ITÁLIA

O modelo italiano, à semelhança do francês, consagra o princípio da unicidade - funcional e não orgânica - da jurisdição com pluralidade de juízes.⁴

O Conselho de Estado italiano - *Consiglio di Stato* - tem origem na Itália pré-unificação, mais precisamente no Reino da Sardenha, onde foi instituído por Carlo Alberto de Savoia, em 1831, através do *Editto di Racconigi*, como órgão consultivo do rei e auxiliar das decisões da coroa.⁵

Com as transformações enfrentadas pela Itália, incluindo sua reunificação, o Conselho de Estado italiano vivenciou períodos de

2 TRAVI, Aldo. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*. Torino: G.Giappichelli Editore, 2012. p. 7: "La concezione dell'Amministrazione come soggetto tipicamente diverso dagli altri affermò, nelle prime fasi dello Stato liberale, nel contesto del *principio della separazione dei poteri*. Nella Francia degli ultimi decenni del XVIII secolo e degli anni della Rivoluzione con questo principio si intendeva che il Potere esecutivo, nel quale si colloca l'Amministrazione, dovesse essere un potere distinto dagli altri, anche se non superiore agli altri: l'Esecutivo non poteva arrogarsi poteri del giuce ordinário (per esempio, a proposito delle libertà personali), ma i suoi atti non dovevano essere soggetti al sindacato dei giudici."

3 Ibid., loc.cit: "L'amministrazione è un potere autonomo e, quindi, non deve essere limitato dal potere giurisdizionale. Altrimenti il giudice, giudicando l'Amministrazione, avrebbe finito con l'interferire sull'attività amministrativa."

4 DE LISE, Pasquale. La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità. In: *II Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli Editore, 2011. p. XXVII

5 VIDARI, Gian Savino Pene. Origini del Consiglio di Stato e sua evoluzione in período albertino. In: *II Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli Editore, 2011. p. 37.

maior e menor destaque, chegando aos dias com assento no art. 100 da Constituição Italiana como “*organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione*”.⁶

Assim, na lição de Caringella, o *Consiglio di Stato*, concebido inicialmente como órgão com função essencialmente consultiva, a partir de 1889, passa também a exercer papel jurisdicional nas controvérsias entre os cidadãos e a Administração, dentro de um sistema jurisdicional dualístico, ou modelo francês, como dito anteriormente.⁷

O Conselho de Estado italiano é composto ordinariamente por seis sessões, sendo que as três primeiras guardam competência consultiva, enquanto as demais têm funções exclusivamente jurisdicionais.

Entretanto, com o advento da Lei nº 133/2008, conforme disposto em seu art. 54, tal quadro pode ser modificado por ato de seu Presidente – ouvido o *Consiglio di Presidenza* - no início de cada ano, por via da flexibilização da competência das referidas sessões, aumentando inclusive o número daquelas com função julgadora.

Não se pretende aqui tratar das funções consultivas exercidas pelo Conselho de Estado italiano, importando ainda dizer, quanto à sua competência jurisdicional, que o Conselho se faz representar nas regiões através dos Tribunais Administrativos Regionais – *Tribunali Amministrativi Regionali*.⁸

3 A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Ao longo de sua existência, o sistema jurisdicional brasileiro passou por várias etapas, considerado o período colonial, o imperial e o republicano.

No Brasil Colônia a solução das questões administrativas litigiosas estava a cargo da própria administração - em última instância da corte portuguesa -, a quem cabia decidir acerca dos apelos e reclamos dos administrados.

6 CARINGELLA, Francesco. *Compendio di Diritto Amministrativo*. Aggiornato ai Decreti Monti su liberalizzazioni e semplificazione. Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2012. p. 188.

7 Ibid., loc.cit.: “Inizialmente costituito come organo con funzioni essenzialmente consultive, è solo com l’istituzione dela IV sezione – avvenuta com la Legge 31 marzo 1889 n.5992 – che acquisisce anche compiti giurisdizionali nelle controversie tra privati ed amministrazione in tal modo riconoscendo dignità giuridica dele interesse legittimo e dando origine ad um sistema giurisdizionale di tipo “dualistico”. Um sistema, cioè conosce due plessi giurisdizionali: quello ordinario e quello amministrativo”.

8 CARINGELLA, op. cit., p. 189: “Guardando all’attività giurisdizionale, invece, é suficiente in questa sede dire che il Consiglio di Stato è (insieme ao Tribunali Amministrativi Regionali) il giudice deputado a dispensare tutela al cittadino nei confronti degli atti dela Pubblica amministrazione.”

No Brasil Império, com a Constituição de 1824, estabeleceu-se a separação dos poderes do Estado, instituindo-se um judiciário com expressa previsão de livre atuação em matérias cíveis e criminais.

Na ausência de literal previsão para apreciação das questões administrativas, ganha força no Segundo Reinado a função de corte suprema de apelação de justiça administrativa do Conselho de Estado.

Assim, ao organizar o Conselho de Estado do Segundo Reinado, o Regulamento 124 de 1842 institucionalizou a Justiça Administrativa no Brasil, ao dispor em um capítulo específico intitulado “Dos Objetos Contenciosos”, quando e como, sob a jurisdição do executivo, deveria ser exercida a justiça administrativa no país, ganhando dessa forma os membros daquele Conselho função judiciária.⁹

Essa função jurisdicional atribuída ao executivo foi objeto de debates com a em face do aparente confronto com a instituição pela Constituição de 1824 de um judiciário livre e independente.

Aqueles que criticavam a atuação do Conselho de Estado como Corte Administrativa arguíam a inconstitucionalidade de tal atuação, posto haver manifesta opção constitucional pela existência de um judiciário uno, não havendo qualquer passagem acerca do poder jurisdicional do executivo.

Em sentido contrário, argumentava-se pela expressa menção constitucional sobre a competência do judiciário nas questões cíveis e criminais, ocorrendo silêncio quanto ao julgamento das questões administrativas.

Nesse sentido, deveria prevalecer a ação jurisdicional do Conselho de Estado, como tributo ao princípio da separação dos poderes, também consagrado constitucionalmente.

No Brasil Republicano, ocorre o afastamento do modelo jurisdicional francês, consagrando-se nas constituições seguintes o modelo jurisdicional inglês ou unitário.

Todavia, vale destacar a manifestação de José Cretella Junior, in Tratado de Direito Administrativo, citado por Lydia Magalhães Nunes Garner, sobre a possível sobrevivência entre nós, sob forma não claramente reconhecida, do contencioso administrativo:

Cabe indagar, nesta altura, se não restou a menor dúvida quanto a abolição total, para sempre, do contencioso administrativo no Brasil.

⁹ GARNER, Lydia Magalhães Nunes. *Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889)*. *Revista de História*, São Paulo, n. 147, p. 161, dez. 2002.

Não existe setor algum da administração que não profira decisões jurisdicionais? [...] ¹⁰

4 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Entrementes, como anteriormente dito, a partir da Proclamação da República, há no Brasil uma indubitosa opção constitucional pelo sistema jurisdicional unitário (sistema inglês) em detrimento do sistema dual francês.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura em seu art. 5º, que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída da apreciação do judiciário, consagrando assim o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

Todavia, sem desatender ao preceito constitucional, podem ser encontradas exitosas experiências de composição administrativa de conflitos, a exemplo daquelas estabelecidas no âmbito do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS e da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, dentre outros.

4.1 CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – CRPS

Após a instituição da Previdência Social no Brasil, através do Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923 (Lei Eloy Chaves), verificou-se a necessidade de instalação de um órgão governamental com a finalidade de supervisionar a atuação das recém-implantadas Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPs.

Para tal fim, por via do Decreto nº 16.027, de 30 de abril de 1923, foi criado o Conselho Nacional do Trabalho, como órgão consultivo dos poderes públicos em assuntos relativos à organização do trabalho e da previdência social.

Nos termos do referido normativo, o Conselho Nacional do Trabalho deveria ser composto por doze membros escolhidos pelo Presidente da República, sendo dois dentre os operários, dois dentre os patrões, dois dentre os altos funcionários do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio – ao qual se vinculava – e seis dentre cidadãos de reconhecido saber em relação aos assuntos daquele colegiado.

Na lição de Wagner Balera, in Processo administrativo previdenciário: benefícios, citado por Armando Luiz da Silva e Augusto Brito Filho, essa composição classista e tripartite atendia às diretrizes

¹⁰ GARNER, op. cit., p. 183.

traçadas pelo Tratado de Versailles e consagrava o tripartismo como forma ideal para a solução de conflitos sociais.

Muito embora não se seja dado, aqui, detalhar o amplo significado que o tripartismo ganhou na legislação social de quase todos os países do mundo, cumpre chamara a atenção para este dado constante: é necessário que as categorias sociais, com mediação do Estado, encontrem solução para as suas pendências. É essa a razão da existência de representação classista no seio dos colegiados públicos que decidem questões sociais.¹¹

Ao longo dos anos, o modelo inicial foi transformado e aperfeiçoado com a criação da Câmara da Previdência Social (Decreto-lei nº 1.346, de 15 de junho de 1939) e sua transformação em 1946 em Conselho Superior da Previdência Social, culminando com criação em 21 de novembro de 1966 do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS (Decreto-lei nº 72).

Integrando a estrutura do então Ministério do Trabalho e Previdência Social, o CRPS teve sua composição elevada para dezessete membros, sendo quatro representantes dos segurados, quatro das empresas e nove do governo, sendo os representantes dos segurados e os das empresas eleitos pelas respectivas confederações nacionais, mantendo assim sua composição tripartite.

Em de 13 de setembro de 2011 (DOU 14/09/2011) foi aprovado pelo Ministro de Estado da Previdência Social – MPS, o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, estabelecendo sua atual competência e estrutura:

Quanto à sua natureza, o Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS constitui-se em um colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social MPS, sendo órgão de controle jurisdicional das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos processos de interesse dos beneficiários e das empresas, nos casos previstos na legislação.¹²

O CRPS apresenta a seguinte estruturação:¹³

11 SILVA, Armando Luiz da. *O CRPS e o Processo Administrativo Previdenciário*. São Paulo: Ed. dos Autores, 2011. p. 15.

12 Art. 1º, caput do Anexo à Portaria MPS nº 548, de 13/09/2011.

13 Art. 2º, do Anexo à Portaria MPS nº 548, de 13/09/2011.

I - ÓRGÃOS COLEGIADOS:

1. Conselho Pleno;
2. Quatro Câmaras de Julgamento;
 - 2.1. Quatro Serviços de Secretaria de Câmara de Julgamento;
3. Vinte e nove Juntas de Recursos; e
 - 3.1. Vinte e nove Seções de Secretaria de Junta de Recursos.

II - ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS:

1. Presidência;
 - 1.1. Serviço de Secretaria do Gabinete da Presidência;
 - 1.1.1. Seção de Apoio Administrativo do Gabinete;
 - 1.2. Serviço de Apoio aos Órgãos Colegiados;
 - 1.3. Assessoria do Gabinete;
 2. Coordenação de Gestão Técnica;
 - 2.1. Seção de Apoio Administrativo;
 3. Divisão de Assuntos Jurídicos;
 - 3.1. Seção de Apoio Administrativo;
 4. Divisão de Assuntos Administrativos;
 - 4.1. Seção de Protocolo;
 - 4.2. Seção de Informática;
 - 4.3. Seção de Administração e Suprimento; e
 - 4.4. Seção de Apoio ao Servidor;
 - 4.5. Seção de Documentação.

Os Órgãos Colegiados são assistidos por Assessoria Técnico-Médica Especializada.

O CRPS é presidido por um representante do governo com notório conhecimento da legislação previdenciária, o qual também presidirá seu Conselho Pleno, composto pelos Presidentes e Conselheiros Titulares das Câmaras de Julgamento.

As Câmaras de Julgamento e as Juntas de Recursos são integradas por quatro membros denominados Conselheiros, sendo dois representantes do governo - um dos quais a presidirá -, um representante dos segurados e outro das empresas.

Os Conselheiros das Câmaras de Julgamento e das Juntas de Recursos terão mandato de dois anos, permitindo-se a recondução nos termos do Regimento Interno do CRPS.

Ao Conselho Pleno incumbe a uniformização, em tese, da jurisprudência administrativa previdenciária, mediante a emissão de enunciados, além de promover a uniformização, nos casos concretos, das divergências jurisprudenciais entre as Juntas de Recursos nas matérias de sua alçada, ou entre as Câmaras de Julgamento em sede de recurso especial, mediante a emissão de resolução.¹⁴

Cabe às Juntas de Recursos processarem e julgarem os recursos ordinários interpostos pelos segurados em face de decisões do INSS nos processos de interesse dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, nos processos referentes aos benefícios assistenciais de prestação continuada previstos no art. 20 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 e, nos casos previstos na legislação, nos processos de interesse dos contribuintes do Regime Geral de Previdência Social.

Ainda, constituem alçada exclusiva das Juntas de Recursos, não comportando recurso à instância superior, as seguintes decisões colegiadas:

I - fundamentada exclusivamente em matéria médica, quando os laudos ou pareceres emitidos pela Assessoria Técnico-Médica da Junta de Recursos e pelos Médicos Peritos do INSS apresentarem resultados convergentes; e

II - proferida sobre reajustamento de benefício em manutenção, em consonância com os índices estabelecidos em lei, exceto quando a diferença na Renda Mensal Atual - RMA decorrer de alteração da Renda Mensal Inicial - RMI;¹⁵

O INSS poderá recorrer das decisões das Juntas de Recursos somente quando:

I - violarem disposição de lei, de decreto ou de portaria ministerial;

II - divergirem de súmula ou de parecer do Advogado Geral da União, editado na forma da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;

14 Art. 15, do Anexo à Portaria MPS nº 548, de 13/09/2011.

15 Art. 18, do Anexo à Portaria MPS nº 548, de 13/09/2011

III - divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS ou da Procuradoria Federal Especializada - INSS, aprovados pelo Procurador-Chefe;

IV - divergirem de enunciados editados pelo Conselho Pleno do CRPS;

V - tiverem sido fundamentadas em laudos ou pareceres médicos divergentes emitidos pela Assessoria Técnico-Médica da Junta de Recursos e pelos Médicos peritos do INSS; e

VI - contiverem vício insanável, considerado como tal as ocorrências elencadas no § 1º do art. 60.¹⁶

Quanto às Câmaras de Julgamento, a essas incumbe julgar os Recursos Especiais interpostos contra as decisões proferidas pelas Juntas de Recursos.

Vê-se, pois, que o CRPS está estruturado e com competência judicante, de primeiro e segundo grau, dispondo ainda de um verdadeiro “código procedimental”, previsto nos artigos de 26 a 66 do seu Regimento Interno.

As decisões do CRPS têm efeito vinculante em relação à Autarquia Previdenciária – o INSS –, não implicando, porém, em afastamento da possibilidade de recurso ao judiciário pelo segurado, em atenção ao preceito constitucional constante do inciso XXXV do art. 5º.

No mesmo sentido, o recurso à via judicial pelo segurado, anteriormente ou no curso do processo administrativo, importará em sua tácita renúncia à via administrativa, posto que a decisão judicial deva sempre prevalecer sobre a administrativa.

Ainda assim, com toda a limitação constitucional que lhe é imposta, a Justiça Administrativa Previdenciária vem cumprindo um relevante papel social, mormente em face de sua composição tripartite, constituindo-se em um instrumento de asseguarção dos direitos dos administrados segurados da Previdência Pública, em muito contribuindo para, ao menos, minorar o número avassalador de processos que sobrecarregam o judiciário.

16 Art. 16, parágrafo único, do Anexo à Portaria MPS nº 548, de 13/09/2011

4.2 CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL – CCAF

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF foi criada por um instrumento infra legal, a Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, que passou a regulamentar o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal.

Ato contínuo foi editado o Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro 2007, que atualizou a estrutura da AGU instituindo a CCAF como um departamento da Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União – AGU.

Entretantes, a base legal de sua criação encontra lastro na própria Constituição Federal, quando esta prevê em seu art. 131, que todos os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União serão sempre, obrigatoriamente, representados judicialmente pela Advocacia-Geral da União, que, em relação ao Poder Executivo Federal, responde com exclusividade pela atividade jurídico-consultiva:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.¹⁷

Em decorrência, eventuais disputas judiciais entre órgãos e entidades públicas federais – forçosamente representados em juízo pela AGU – resultaria na paradoxal situação de se ter ambas as partes litigantes assistidas por unidades da mesma instituição, chefiada pelo Advogado-Geral da União.

Levando-se ainda em conta a possibilidade de solução do conflito em tempo muito menor do aquele decorrente de uma eventual disputa judicial, verifica-se, de pronto, uma redução de custos para o Executivo Federal e para o Judiciário, atendendo em consequência ao princípio constitucional da eficiência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

¹⁷ Art. 131 da Constituição Federal.

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].¹⁸

Além disso, nos termos da Lei Complementar nº 73/93, compete ao Advogado-Geral da União a orientação e a uniformização da atuação da AGU, fixando a interpretação da legislação, efetuando transações, dirimindo controvérsias e submetendo pareceres à aprovação do Presidente da República, com a conseqüente vinculação de toda a Administração Pública Federal:

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

I - dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação;

[...]

VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;

[...]

X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

[...]

XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;

[...] ¹⁹

¹⁸ Art. 37 da Constituição Federal.

¹⁹ Art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.²⁰

No ano de 2001, com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal viram-se compelidos a submeter eventuais controvérsias jurídicas internas à solução pela AGU, através da CCAF:

Art.11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.²¹

A mesma Medida Provisória estendeu a competência da CCAF/AGU para a solução de conflitos às empresas públicas e sociedades de economia mista, através da inserção de dispositivo específico na Lei nº 9.028, de 1995:

Art. 8º-C. O Advogado-Geral da União, na defesa dos interesses desta e em hipóteses as quais possam trazer reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, ao erário federal, poderá avocar, ou integrar e coordenar, os trabalhos a cargo de órgão jurídico de empresa pública ou sociedade de economia mista, a se desenvolverem em sede judicial ou extrajudicial.

²⁰ Art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

²¹ Art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35.

Parágrafo único. Poderão ser cometidas, à Câmara competente da Advocacia-Geral da União, as funções de executar a integração e a coordenação previstas neste artigo.²²

A partir da competência inicial da CCAF de, identificando litígios entre órgãos e entes da Administração Pública Federal, buscar conciliação, chega-se ao rol de competências atuais da Câmara, conforme dispostas no Anexo ao Decreto nº 7.392, de 2010:

Art. 18. À Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete:

I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;

III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;

IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;

V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;

VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e

VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.²³

²² Art. 8º-C da Lei nº 9.028, de 1995.

²³ Art. 18 do Decreto nº 7.392/2010.

Admitido o processo pela CCAF, em sendo efetivada a conciliação, o termo respectivo é submetido à homologação do Advogado-Geral da União.

Em não sendo possível a conciliação, a questão é submetida à apreciação do Consultor-Geral da União, para emitir parecer que ponha termo à controvérsia, com a consequente avaliação pelo Advogado-Geral da União e, se for o caso, eventualmente pelo Presidente da República.

Por óbvio, em atenção ao Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, quando a matéria litigiosa envolver os demais entes federativos - estados, distrito federal e municípios - só haverá solução do conflito por meio da conciliação.

De se destacar o reconhecimento o próprio Poder Judiciário em relação à atuação da CCAF, como revela a seguinte decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal:

As providências administrativas realizadas pelo autor demonstram que houve substancial alteração do quadro fático subjacente à presente demanda. Como se infere das petições acima referidas, houve efetivo empenho, na exata medida do alcance do autor, em buscar o saneamento das irregularidades originalmente apontadas como óbice à celebração de acordos para transferência voluntária de recursos federais, no que se incluem as tentativas de submissão da controvérsia à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério da Previdência.

Por sua vez, a manifestação da União não apontou qualquer justificativa capaz de rechaçar os novos fatos trazidos aos autos pelo autor, sem sequer mencionar a existência de outras pendências administrativas que eventualmente escapassem do âmbito das tratativas de conciliação em andamento. Limitou-se, ao contrário, a afirmar que a etapa embrionária do procedimento de conciliação deveria conduzir à suspensão do presente feito, medida que, como fundamentadamente apontado pelo autor, seria flagrantemente incapaz de tutelar o ponderável dano que a manutenção injustificada do Estado do Amapá nos cadastros federais poderia e pode acarretar à população ali situada, dependente das verbas para a concretização de políticas públicas.

[...]

Ex positis, reconsidero a decisão anterior e defiro a liminar requerida na presente ação cautelar, a fim de determinar a suspensão dos efeitos das inscrições do autor nos sistemas CAUC/SIAFI/CADIN e em todo e qualquer sistema utilizado pela União, que guardem pertinência com os fatos apontados na presente demanda, até que seja concluído o procedimento administrativo de conciliação na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

AC 2866 / AP - AMAPÁ

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 11/10/2011

Partes

AUTOR(A/S)(ES): ESTADO DO AMAPÁ

REU(É)(S): UNIÃO

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Comparadas as experiências italiana e brasileira no que pertine à “Justiça Administrativa”, considerada a adoção de sistemas jurisdicionais distintos entre os dois países, vale dizer, sistema *duplicé*, ou francês, pela Itália e sistema *uno*, ou inglês, pelo Brasil, não se pretende neste artigo – como dito anteriormente – estabelecer juízo de valor acerca de um ou outro regime.

Importante destacar, que independentemente do sistema jurisdicional adotado pelos dois países, verifica-se em ambos os casos que não restou resolvida a questão da lentidão na entrega da prestação jurisdicional.

Neste diapasão a Itália veio a ser admoestada pela União Europeia por decorrência da referida lentidão do seu sistema judicante, em flagrante prejuízo para seus cidadãos.

No Brasil são por demais conhecidas as mazelas do Poder Judiciário, que, infelizmente, tem na demora do desenlace dos litígios uma de suas marcas.

Assim, é forçoso concluir que a demora da prestação jurisdicional prende-se a fatores múltiplos, não solvíveis pela adoção de um ou outro dos sistemas jurisdicionais aqui abordados.

Ainda, vale destacar que, no Brasil, busca-se formas de se evitar a intensa e crescente judicialização das questões administrativas, através do fortalecimento dos colegiados administrativos - a exemplo do antes referido CRPS - e da própria "Câmara de Conciliação" da AGU.

Por derradeiro, convém anotar que todo e qualquer solução para essa questão passa por um fortalecimento da função de assessoramento e consultoria da Administração exercida pelas unidades consultivas da Advocacia Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

BRASIL. Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 dez. 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7392.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 abr. 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9028.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 fev. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis nos 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de

1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. *Diário Oficial Eletrônico [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 ago. 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Portaria nº 548, de 13 de setembro de 2011. Aprova o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 set. 2011. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/66/MPS/2011/548.htm>>. Acesso em: 29 set. 2012.

CARINGELLA, Francesco. *Compendio di Diritto Amministrativo*. Aggiornato ai Decreti Monti su liberalizzazioni e semplificazione. Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2012.

DE LISE, Pasquale. La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità. In: *II Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli Editore, 2011.

GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). *Revista de História*, São Paulo, n. 147, dez. 2002.

SILVA, Armando Luiz da; BRITO FILHO, Augusto. *O CRPS e o Processo Administrativo Previdenciário*. São Paulo: Ed. dos Autores, 2011.

TRAVI, Aldo. *Lezioni di Giustizia Amministrativa*. Torino: G.Giappichelli, 2012.

VIDARI, Gian Savino Pene. Origini del Consiglio di Stato e sua evoluzione in período albertino. In: *II Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, 2011.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares